

GARANTISMO PROCESAL CONTRA ACTUACIÓN JUDICIAL DE OFICIO

Adolfo Alvarado Velloso

Profesor de Teoría General del Proceso
de ex Magistrado Judicial

Prólogo de **D. JUAN MONTERO AROCA**

tirant lo blanch

Valencia, 2005

Copyright © 2005

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito del autor y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com (<http://www.tirant.com>).

© ADOLFO ALVARADO VELLOSO

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TEL.FS.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPOSITO LEGAL: V - 2591 - 2005
I.S.B.N.: 84 - 8456 - 392 - 8
IMPRIME: GUADA IMPRESORES, S.L. - PMc Media, S.L.

A Franco Cipriani (Bari, Italia)
y Juan Montero Aroca (Valencia, España),
por el valioso, enorme y valeroso empeño
dedicado durante largo tiempo
a descubrir la verdad de la Verdad.
Con todo afecto.
A.A.V.

*«... La justicia es todo sabiduría,
y la sabiduría es todo orden,
y el orden es todo razón,
y la razón es todo procedimiento,
y el procedimiento es todo lógica».*

Jacinto Benavente
«Los intereses creados»
(Acto II, Cuadro III, Escena VIII)

ÍNDICE

Prólogo.....	13
Presentación.....	21

Capítulo I ***La causa y la razón de ser del proceso***

1. La causa del proceso: el conflicto de intereses	35
2. Las posibles soluciones del conflicto intersubjetivo	38
3. La razón de ser del proceso	47

Capítulo II ***Aproximación a la idea de proceso***

1. La función del proceso	51
2. Las nociones de <i>conflicto, litigio y controversia</i>	52
3. La descripción del método de debate	55
4. El objeto del proceso	59

Capítulo III ***Los sistemas procesales***

1. El impulso procesal	61
2. Los orígenes del problema: un poco de historia	64
3. El sistema inquisitorio o inquisitivo	68
3.1. Antecedentes	68
3.2. Descripción del método	92
3.3. Su aplicación en la Argentina	110
4. El sistema acusatorio o dispositivo	119
4.1. Antecedentes	119
4.2. Descripción del método	153
4.3. Su aplicación en la Argentina	156
5. El sistema mixto	159

Capítulo IV
La confirmación procesal

1.	Introducción	167
2.	El concepto de <i>confirmación</i> y su relación con el vocablo <i>prueba</i>	168
3.	Los problemas filosófico-políticos de la confirmación procesal	176
3.1.	La política legislativa en cuanto a la confirmación procesal	177
3.2.	La actividad del juzgador en la etapa confirmatoria	178
4.	La incumbencia de la confirmación (Quién debe confirmar)	188

Capítulo V
El decisionismo judicial

1.	El juez como director del debate	209
2.	El juez como normador	224

Capítulo VI
Ahora sí: Qué es el proceso

1.	El concepto de <i>proceso</i>	235
2.	La iniciación y el desarrollo del proceso	243
3.	El objeto del proceso	248

Capítulo VII
Los principios y las reglas técnicas procesales

1.	El problema	251
2.	Los sistemas procesales	256
3.	Los principios procesales	257
4.	Las reglas técnicas del debate procesal	267
5.	Las reglas técnicas de la actividad de sentenciar .	286

Capítulo VIII
Qué es el debido proceso

- | | | |
|----|--|-----|
| 1. | El origen y la indeterminación del <i>debido proceso</i> | 295 |
| 2. | Un intento de conceptualización positiva | 297 |

Capítulo IX
Qué es el garantismo procesal

- | | | |
|----|-------------------------------|-----|
| 1. | Revisión | 301 |
| 2. | El garantismo procesal | 303 |
| 3. | Conclusiones y elección | 306 |

PRÓLOGO

Los que hemos vivido o vamos a vivir la mayor parte de nuestros años en el siglo XX ni siquiera fuimos siempre conscientes de la perversidad ideológica que ha sido el caldo de cultivo en la que nos criamos y con la que hemos tenido que crecer y sobrevivir. El esfuerzo realizado para acabar siendo conscientes de ello ha consumido buena parte de nuestros esfuerzos y, sobre todo, la proclamación pública de esa perversidad nos está costando un alto precio que pagar. No trato ahora de volar muy alto ideológicamente. Aspiro simplemente a dejar constancia de cómo ha repercutido ello en el campo del Derecho Procesal.

Con más o menos acierto el siglo XIX fue una época de búsqueda de la libertad en todos los órdenes de la vida pública. El liberalismo fue un ansia de libertad que traspasaba todas las manifestaciones de aquellos años. La libertad fue el grito que dio sentido, primero, a la que luego se quiso llamar despectivamente *Revolución Burguesa* y, luego, desde ella se asumieron las que, otra vez peyorativamente, se llamaron *libertades formales*.

En el campo que nos importa del Derecho Procesal, el pensamiento liberal tuvo expresiones complementarias:

1) El proceso civil propio del siglo XIX se atuvo ciertamente a una idea excesivamente formalista del procedimiento, pero junto con ello asumió «pensamientos políticos de innegable significación liberal» (Guasp) o se convirtió en «un recipiente liberal

del siglo XIX en el que se ha vaciado el vino antiguo del proceso común de los siglos pasados» (J. Goldschmidt). Las españolas leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y de 1881 son la mejor demostración de lo que decimos; en ellas la función del juez se resume en la tutela de los derechos privados de los ciudadanos.

2) El proceso penal empezó a ser el medio por el que debían imponerse las penas. Hasta ese Siglo las penas se imponían por medios que deben calificarse de no procesales, pues no otra cosa es el llamado *sistema inquisitivo* (un no proceso), y fue una conquista liberal el inicio de un movimiento, todavía no finalizado, que quiso elevar al proceso como medio único para la declaración de un acto como delito y para la consiguiente imposición de la pena (sólo el «proceso acusatorio» es realmente proceso). Nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 fue un avance de tal magnitud que no se explica técnicamente; fue una conquista de y para la defensa de la libertad.

En este contexto de proceso civil basado en los principios de oportunidad, dispositivo y de aportación de parte, y de proceso penal que tiene su razón de ser en la libertad, se inicia el siglo XX y durante la mayor parte del mismo ya no se ha tratado de la libertad, sino de otros valores en los que se ha hecho predominar lo público sobre lo privado; la seguridad sobre la libertad; lo colectivo sobre lo individual. De una u otra manera las ideologías propias de este siglo XX, los comunismos y los fascismos, no han seguido por aquel camino, sino que han apartado decididamente del mismo y han perseguido fines distintos.

En el proceso civil, que es el que nos importa más ahora, se ha tratado de la llamada *publicización* del proceso. En la concepción propia del siglo XIX se partía de la idea de que la naturaleza privada de los intereses en juego en el proceso civil debía significar que las partes tenían que ser también las «dueñas del proceso». Esta idea proviene de la desconfianza del liberalismo frente a toda actividad del Estado y ahora, en concreto, frente a los órganos jurisdiccionales del mismo. Estos, en esa concepción, están al servicio de los particulares para solucionar, cuando y como aquéllos consideren conveniente, los conflictos de intereses. De ahí la limitación extraordinaria de las facultades del juez en el proceso regulado en el siglo XIX; Manresa, el autor principal de la LEC de 1881, consideraba que «la mejor ley de procedimientos es la que deja menos campo al arbitrio judicial», por cuanto este arbitrio «es incompatible con las instituciones liberales».

Frente a la idea de que el proceso es «cosa de las partes», a lo largo del siglo XX ha ido haciéndose referencia a la llamada *publicización* del proceso, estimándose que esta concepción arranca de Klein y de la Ordenanza Procesal Civil austríaca de 1895. Las bases ideológicas del legislador austríaco, enraizadas en el autoritarismo propio del imperio austro-húngaro de la época y con extraños injertos, como el del socialismo jurídico de Menger, son conocidas y no deberían olvidarse. Y lo mismo cabe decir de toda la evolución posterior en la que, de una u otra forma, se destaca la función pública del proceso, su conversión en un fenómeno de masas, en torno al que se consagra la expresión *publici-*

zación del mismo, y sobre la que la doctrina ha debatido y sigue debatiendo.

Por este otro camino han seguido, con bases ideológicas aparentemente distintas pero en el fondo sustancialmente iguales, códigos tan diferentes como el italiano de 1940 y el soviético de 1964. Naturalmente uno y otro no son iguales, pero la idea de primar al juez frente al ciudadano que acude a instar justicia es común a los dos; y también lo es el minus valorar la función del abogado.

Sin llegar a esos extremos, sí es común que hoy la mayor parte de la doctrina incida en el aumento de los poderes del juez a costa de los poderes de las partes, y que ello se quiera presentar como conquista técnica procesal, olvidando cuáles son las bases ideológicas de las que no se puede dejar de partir. En ese sentido el *Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica* llega decir en su art. 1 que el tribunal puede iniciar el proceso de oficio, si bien solo cuando así se disponga expresamente, sin perjuicio de que luego, en el texto de su articulado, no se encuentra ni una sola ocasión en que así se disponga expresamente.

El conceder amplios poderes al juez, y precisamente a un juez como el austríaco, el soviético o el italiano de sus épocas, fuertemente sujeto al poder ejecutivo, sólo se explica si al mismo tiempo se priva de esos poderes a las partes, poderes que en realidad se resuelven en garantías de las mismas en el inicio y en el desarrollo del proceso civil.

Naturalmente no se trata a estas alturas de negar lo evidente, como es que el proceso civil ya no es sólo el reducto de la clase media de un país, es de-

cir, el medio previsto por el legislador para que los poseedores debatan en torno al derecho de propiedad, pero sí lo es de negar que el proceso civil sea simplemente un fenómeno de masas en el que no importan tanto los derechos individuales del ciudadano cuanto los intereses públicos o sociales.

* * *

Últimamente estamos asistiendo a la difusión de la idea de que el proceso civil se resuelve básicamente en un sistema de garantías de los derechos de los ciudadanos, en el medio jurídico para que las partes debatan en condiciones de plena contradicción e igualdad los conflictos que los separan. En esa reapertura del camino del proceso como *garantía*, uno de los adelantados es Adolfo Alvarado Velloso. Aparte de lo que se puede leer en su *Presentación*, convendría añadir que:

a) Es un profesor de larga experiencia (desde 1967) y pasando por varias Universidades (desde luego la de su Rosario natal, pero también en la de Buenos Aires, la de Belgrano y la de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES), ambas de la ciudad de Buenos Aires, la Nacional del Centro en la ciudad de Azul y de la Católica Argentina con sede en Paraná). Especial significado tiene hoy su dedicación a diversas maestrías y las direcciones del Centro Privado de Arbitraje y Mediación (CEPAM) y de la Academia Virtual Iberoamericana de Derecho y de Altos Estudios Judiciales.

b) Es principalmente la docencia la que le ha llevado a ser *Doctor Honoris Causæ* por la Universidad Central de Costa Rica, *Profesor Honorario* de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la

Universidad Pontificia Bolivariana (Medellín, Colombia), *Profesor Honorario* de la Universidad Católica de Santa Lucía de Arequipa, Perú y *Catedrático Visitante* de varias Facultades de Derecho de Alemania, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, España, Guatemala, Honduras, Italia, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Ostenta la distinción *Honor al Mérito* otorgado por la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima, Perú), otorgado en 1999 «en reconocimiento a su ejemplar Labor Docente, de Investigación y Producción Jurídica».

c) Entre sus obras se cuentan: *Guía de doctrina procesal*, 1 tomo, 1964, *Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe, concordado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente*, 3 tomos, 1973; *Cuestiones de competencia*, 1 tomo, 1974, en coautoría con Alfredo Lauría; *Comentarios al Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe*, 1 tomo, 1973; *El Juez: deberes y facultades*, 1 tomo, 1982; *Anotaciones de Códigos de Iberoamérica* a la obra *Compendio de la prueba judicial* de Hernando Devis Echandía, 2 tomos, 1984 y 2000; *Estudio jurisprudencial del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe*, 5 tomos. Los tres primeros, datan de 1986. Los dos últimos, de actualización, de 1991; *Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe: concordancias explicadas, cuadros sinópticos y esquemas procesales*, 2 tomos, 1987/88. 2ª. edición, 1990; 3ª. edición, 1995; 4a. edición, 1998; 5ª edición, 2001; *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, explicado y anotado, en coautoría con Lino Enrique

Palacio, 10 tomos publicados entre 1988 y 1998; e *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*, Tomo 1, 1989, con varias reimpresiones. Tomo 2, 1998, reimpresión. Tomo 3, en preparación.

Como le decía Don Quijote a Sancho: cada uno es hijo de sus obras. Esas obras y el libro mismo me excusan, lector, de lo que es usual en estos casos; no hay ahora necesidad de justificar la publicación de este libro; en realidad, ni siquiera creo que sea conveniente explicar su aparición en España. Por lo demás concurre en quien firma este Prólogo la causa de abstención que suele denominarse de amistad íntima; de la concurrencia en mí de esa causa he hecho y hago alarde; no la escondo sino que la declaro.

* * * *

El libro que se edita ahora en España debe encuadrarse en una orientación del proceso que quiere abandonar lo que ha sido característica del siglo XX: el *autoritarismo*, y que quiere caminar hacia lo que es el futuro: la *garantía*.

En el siglo XX las ideologías autoritarias han conducido a los ciudadanos al desencanto frente a los jueces, pues éstos se han concebido a sí mismos, no como garantes de los derechos de aquellos, sino como instrumentos del Estado para asegurar la actuación del Derecho dictado por el propio Estado. En los últimos años se están dando pasos muy importantes en el proceso penal, que está pasando a ser garantía y en el que se están limitando los poderes del juez para dejarlo convertido simplemente en juez, ¡y nada más! Por el contrario, en el proceso civil han ido aumentando los poderes del juez y se está pretendiendo que no sea realmente juez.

Como se ha repetido tanto últimamente, no se trata ya de ser coherente; se trata de no incurrir en la esquizofrenia.

JUAN MONTERO AROCA

PRESENTACIÓN

Corren actualmente por el mundo que llamamos *occidental* vientos de reformas legislativas en materia procesal que, en verdad, son necesarias en todos los países en los cuales ha logrado sobrevivir inexplicablemente el sistema inquisitivo de juzgamiento. Y urge encararlas de una vez y hacerlas ya mismo pues el servicio de justicia se vuelve en todas partes cada día más crítico, inhumano y caótico.

En los cuatro rumbos que cubre dicho sistema, el sufrido justiciable ha tenido que aprender a la fuerza y desde siempre a convivir con un injusto y a veces perverso sistema de enjuiciamiento —tanto en lo civil como en lo penal— que puede ser más o menos inquisitivo pero que siempre es inquisitivo al fin, y que se ha vuelto irremediablemente ineficiente con los años, por imponerle al juez el mantenimiento de un permanente compromiso personal con cada caso justiciable.

Para ello, se le ha exigido desde la propia ley y enseñado siempre por la doctrina y, particularmente, desde mediados del siglo XX, que su deber primario, esencial e irrenunciable, es encontrar la verdad —en rigor, la Verdad, única e incontrovertible— para hacer la justicia —en rigor, la Justicia— que el caso requiere.

Y con ello, todo juez termina a la postre involucrado espiritualmente con el conflicto humano que debe juzgar, generándose así efectos disvaliosos para el sistema.

El cambio que la época exige ya ha comenzado a tener vigencia: en Argentina, por ejemplo, el sistema de enjuiciamiento penal giró en el año de 1998 desde un método severamente inquisitivo hacia uno puramente acusatorio: tanto que en algunos de los códigos allí vigentes se prohíbe la prueba oficiosa y se prevé la sanción de nulidad para la sentencia que se fundamente en ella.

Igual ha ocurrido en Chile donde, con idénticos orígenes legislativos, hoy se ha inaugurado en gran parte del país la vigencia de un Código acusatorio casi puro.

Sin embargo, en ambos países —cual lo que ocurre en Nicaragua— el sistema acusatorio penal convive con un sistema inquisitivo para el enjuiciamiento de todo lo no penal (civil, comercial, laboral, etc.), con lo que nadie puede comprender la esencia misma del sistema judicial: en tanto que a unos jueces se les ordena la permanente búsqueda de la verdad y se los castiga si no lo hacen, a otros se les prohíbe ejercer la misma actividad, bajo las más diversas sanciones. Algo realmente esquizofrénico.

Como rara paradoja final, se ve ahora que hay jueces con competencia material plena que actúan contemporáneamente en lo civil y en lo penal y que, al igual que Jano con sus dos rostros, deben cumplir sus deberes con diversos y antagónicos criterios de enjuiciamiento. Y esto —inútil es señalarlo— no sólo produce ineficiencia sino que termina enfermándolos de la nueva dolencia profesional: *stress* judicial.

En esta misma exacta tesitura, Colombia comienza a acercarse al método acusatorio para solu-

cionar su deficitario enjuiciamiento penal. Y eso está bien y acorde con lo que se vive en el resto del continente.

Pero al igual que lo que también allí ocurre, acomete la reforma procesal civil con la mirada puesta en el *Código Modelo* que elaboró en su momento el Instituto Iberoamericano de Derecho Proccsal —hoy vigente en el Uruguay— y que actualmente pretende imponerse en los países de América latina con el absurdo e incomprensible patronazgo de los Estados Unidos.

Por mi parte, creo que una reforma que mire hacia un texto legislativo que en definitiva es *más de lo mismo* y que ya se ha mostrado ineficiente por sujetar al juez a las mismas premisas de juzgamiento que las que le impuso la *Inquisición Española* desde fines del Siglo XV, no sólo no es novedosa sino que se muestra asaz contradictoria con lo que está por hacer en el campo de lo penal.

Estas circunstancias me han decidido a salir a la palestra para discrepar modesta y doctrinalmente acerca de algunas de las actividades que el sistema de enjuiciamiento civil le impone a diario a los jueces en muchos países.

Y para ello, agradeciendo la deferencia del sello editorial que hoy inauguro en España, entrego este libro que ya ha sido presentado en la Argentina bajo el nombre de *El debido proceso de la garantía constitucional* (ed. Zeus, Rosario, 2003), escrito a partir del texto de las *Lecciones* que publiqué en mi *Introducción al Estudio del Derecho Procesal* (ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, años 1989 y 1998) y que, totalmente reelaboradas y conteniendo nume-

rosas notas relativas a opiniones marginales y a temas puntuales de sociología judicial, llegarán al lector próximamente con el nombre de *Sistema Procesal de las Garantías de Libertad*.

Desarrollaré allí la exposición de los aspectos sistémicos que debe presentar el método de enjuiciamiento —de cualquier enjuiciamiento— en orden a guardar irrestricto respeto al texto de las garantías constitucionales de todos nuestros países y, muy especialmente, a la del *debido proceso*.

De tal modo debe quedar en claro que este libro es, básicamente, el adelanto de otro.

Sin embargo, algo hay de diferente en sus contenidos, lo que por sí sólo justifica la aparición de éste y en el momento actual.

Tal como luego lo referiré puntualmente, en los últimos años se ha producido una profunda grieta en el orden jurisprudencial de Iberoamérica que, ahora, muestra en diversos países de ella la existencia de innumerables decisiones que se presentan como notable, grave y preocupantemente asistemáticas. La Argentina es claro y definitivo ejemplo de esta afirmación.

Ello se debe a varias circunstancias: en primer término, a la adopción por el legislador de instituciones extrañas al tradicional orden jurídico nacional y a su dogmática jurídica, ardua e inexplicablemente defendidas por muchos importantes autores del país (léase, por ejemplo, *certiorary*, que permite que se diga infundadamente que carece de fundamentos un recurso cualquiera que exige estar fundado para lograr su admisibilidad).

En segundo lugar, a la asunción —por parte de importante número de jueces— de tareas que exceden largamente su competencia funcional y que, a raíz de ello, han logrado tornar ingobernable el país, como se verá minuciosamente en el texto (léase, por ejemplo, la constante incursión en *asuntos no justiciables* y, particularmente, la ilegal vocación de solucionar problemas políticos o de realizar justicia distributiva y no simplemente conmutativa).

Por último, el recurrente apartamiento del texto expreso de la ley por parte de otro importante número de jueces que, aplicando doctrinas que rozan la franca ilegitimidad, ha logrado que sea imprevisible todo y cualquier resultado de los litigios judiciales (léase, por ejemplo, *cargas dinámicas probatorias y medidas autosatisfactivas*, hoy con incomprensible vigencia en sistemas que aspirar a impartir una justicia seria).

Todo ello preocupa gravemente al abogado que pretende ser eficaz al brindar el consejo que le pide su cliente y en la defensa de sus derechos.

De ahí, entonces, este adelanto con algunos contenidos propios relativos a los temas puntuales que luego explicaré detalladamente.

Pero se impone alguna aclaración más que también incluiré en el *Sistema...* de próxima aparición.

En los últimos años he cambiado grandemente mi manera de pensar. En rigor, lo hasta entonces pensado.

Y es que durante casi toda mi vida ejercí la magistratura judicial en el Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, en el cual revisté durante exactos treinta y cinco años, ejerciendo una Vocalía en

la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de la ciudad de Rosario en los últimos veintitrés de esos años...

Durante tan dilatado lapso fui lo que puede considerarse un buen ejemplo de juez autoritario, manejando a veces a voluntad el procedimiento, intentando conciliaciones intraprocesales a todo trance, imponiendo novedades jurisprudenciales buscadas en la equidad y no en el texto de la ley, haciendo muchas veces un juzgamiento interno acerca de su bondad, oportunidad y justicia y, por tanto, de su aplicabilidad, etcétera.

Todo lo que pensaba en esa larga época lo expuse detenidamente en un libro que publicó *Ediciones Roque Depalma* (Buenos Aires, 1982) y que tuvo el único mérito —si es que hubo alguno— de ser el primero en encarar ese tema en la Argentina (todavía hoy alguien me lo recuerda impertinentemente cuando expongo mis ideas en la actualidad...)

En el año de 1989 me retiré del Poder Judicial y comencé a ejercer una activa profesión de abogado.

Descubrí allí la exactitud del siempre vigente aforismo del *Martín Fierro*, nuestro máximo poema épico: *la ley es como el cuchillo, pues nunca lastima al que lo maneja....*

Esto lo aprendí al poco tiempo: más allá de sufrir ahora en carne propia el autoritarismo de algún juez —tal vez inspirado en lo que fue mi propio autoritarismo y que descarto habrá dado mucho que hablar en el foro de entonces— comencé a advertir desde el otro lado del mostrador, que es donde duele verdaderamente la injusticia, la existencia de numerosas sentencias adversas al buen sentido ju-

dicial en pleitos que fueron fallados en equidad y, por cierto, en contra del texto expreso de la ley, o sin la previa audiencia del interesado o definitivamente terminados con incomprensibles medidas cautelares carentes de un proceso principal que les diera sustento.

Todo, en pos de una difusa meta justiciera que había que lograr al amparo de nuevas ideas filosóficas presentadas pregonando la existencia de un incomprensible *posmodernismo* aplicado al proceso judicial.

Y ello, en un país que desde hace años recita cual rezo la palabra *democracia* (que en definitiva sirve sólo para marcar el origen del Poder) sin advertir que lo importante es la idea de *república*, en la cual debe existir intercontrol de poderes y que se encuentra tan olvidada en estos rincones del continente...!

Si bien se mira el fenómeno señalado, se trataba —en rigor, se trata, pues es la moda actualmente reinante en materia jurisprudencial— de invertir la fórmula de privilegio que John Rawls mostró en su *Teoría de la Justicia*, al preguntarse acerca de qué debe prevalecer en una sociedad bien ordenada: si la búsqueda de lo *bueno* (lo *good*) o la del *derecho* (lo *right*).

Él se decidió por lo *right* entendiendo que, en toda sociedad que se sujeta a un cierto orden, el derecho debe prevalecer sobre lo que se considera el *bien común*.

Glosando el tema en su columna editorial, el talentoso periodista argentino Mariano Grondona tomaba idéntico partido en abril de 2002, sosteniendo:

«Parece absurdo dejar de hacer algo que se percibe como bueno, como conveniente, sólo porque lo prohíbe una regla.

«Pero esta primera impresión ignora la naturaleza de las reglas, sean ellas morales o jurídicas, porque ¿cuándo adquiere su plena vigencia una regla? Sólo *cuando no conviene cumplirla*.

«Supongamos que alguien se ha impuesto como regla el despertarse a las seis de la mañana. Cuando se despierta naturalmente diez minutos antes de las seis, esa regla resulta redundante. Ella se pone a prueba, en cambio, cuando después de una larga noche en vela el sueño lo invita a seguir descansando. Cuando es duro cumplirla.

«Por eso los romanos, que inventaron el Derecho, decían *dura lex, sed lex*.

«Más aún: *sólo es verdadera ley cuando ella es dura*.

«Imaginemos ahora una nación que en lugar de seguir la tablas de valores de Rawls adhiere a la primacía de lo bueno (o de *lo que gusta*) por sobre las reglas jurídicas. Hará en cada caso lo que más le convenga. Pero al comportarse así vivirá, en los hechos, sin reglas.

«Cuando ellas convengan, las cumplirá, pero no porque sean *rectas (right)* sino porque son *buenas (good)*.

«Pero cuando las perciba como inconvenientes, como malas, no las cumplirá.

«Al proceder así, esa nación creará que optimiza lo que más conviene al bien común pero, al hacerlo, se volverá *impredecible*: si aprueba un contrato o emite una ley, los violará cada vez que no convengan. De esta manera destruirá la confianza de los demás en sus promesas, en sus contratos, en sus leyes...

«Y es que hay dos ideas del bien: los pequeños bienes, con minúscula, a los que desestima Rawls, se obtienen con las reglas.

«El Bien con mayúscula resulta —al contrario— de renunciar a los pequeños bienes cuando lo exige una regla vigente. Olvidar las reglas por atender a los pequeños bienes con minúscula destruyen el Bien con mayúscula.

«Ese bien es, en definitiva, *la confianza de los demás*.

«Este es el bien que la Argentina ha perdido. Y que Dios quiera que no sea para siempre...

Y todo esto sucede, claro está, en un mundo cuyos habitantes no desean cumplir la ley y que se encuentra gobernado por una execrable oclocracia.

Esto es ya antigua costumbre en la Argentina, donde desde siempre se practica el autoritarismo, el desprecio al otro, el facilismo, la igualación hacia abajo, la frustración impuesta por el gobernante de turno, etcétera, en recurrencia histórica que ha hecho decir a importante pensador del país que aquí nos preocupamos por acatar lo que dice la *ley* con minúscula para desconocer olímpicamente, con alegría y despreocupación, lo que manda la *Ley* con mayúscula...

Y en esa tónica nos han formado desde la propia Universidad y en todos los estudios posteriores o paralelos, mostrándonos una cultura que enseña que la ley no sirve para adecuar la convivencia a una auténtica pacificación social sino al individual y egoísta interés particular, que debe ser privilegiado por sobre toda otra cosa.

Se trata, en definitiva y perversamente, de apañar la práctica de una suerte de *autoritarismo pasivo* que nos prepara para aceptar subconscientemente la existencia del verdadero autoritarismo y de no cuestionar a quienes lo practican desde antaño y en claro beneficio personal o de unos pocos, aunque lo hagan al margen de la Constitución y de las leyes.

Marginalmente: sin esta cultura sería imposible aceptar el método de enjuiciamiento inquisitivo, que ya lleva rigiendo más de quinientos años en estas tierras sin que la política dominante —a quien, por cierto, ello sirve— haya aceptado erradicarlo.

Así, hay abogados —no todos, afortunadamente— que aconsejan de modo habitual —a no asustarse pues ésa es, en definitiva, su cultura— incumplir la ley, evitar sus efectos, evadir el pago de los impuestos, incoar un concurso para no pagar a los acreedores, etcétera, para lo cual interpretan, o malinterpretan, o desinterpretan, o acomodan, o desacomodan, o desconocen la ley. En sus dos versiones: con y sin mayúscula.

En los últimos años la jurisprudencia argentina mostró ese rumbo, que rápidamente están adoptando otros países vecinos.

Pues bien: cuando esta actitud se generalizó y muchos autores y numerosos tribunales superiores se plegaron a esa interpretación (¿?) seudorealista y refundadora de la ley —afortunadamente no fueron todos los que se enrolaron en esta línea de pensamiento— la Justicia, *como institución de poder y cogobierno*, dejó de ser predecible y la jurisprudencia —que por decenas de años fue muestra cabal del estudio, la dedicación, el sosiego, la medida, la prudencia y la mansedumbre de los jueces argentinos— se tornó de golpe en algo auténtica e incomprensiblemente caótico.

De verdad, se ha logrado con ello una Justicia que actúa ilegítimamente en procura de obtener una vaga, difusa y cada vez más incomprensible justicia particular... que, además, ¡es un concepto diferente para cada uno de los miles de jueces que actúan contemporáneamente!

Lo que pasó en los primeros seis meses del año de 2002 en la Argentina con motivo de la crisis financiera allí vivida, no tiene parangón en la historia jurídica del país y el tenor del promedio de las

resoluciones judiciales muestra ejemplarmente la existencia de lo recién afirmado.

Cuando esto se generaliza y autorizadas voces de lo que habitualmente se acepta como la *mejor doctrina* defienden con entusiasmo la violación del sistema de legitimidad impuesto por la Constitución —es más: a veces la prohíjan— la sorpresa inicial se convierte en preocupación.

En rigor, en gravísima preocupación, pues lo que primero apareció como simple *impredecibilidad* ahora se muestra como *desorden definitivo* similar al que ya se vivió en el mundo de los '40 como producto del nihilismo nazi.

Y no hay sociedad alguna que logre sobrevivir en medio de tanto caos...

Una aclaración más se impone. No es que trate aquí de desmerecer o demeritar la interpretación legítima de los hechos y las conductas sometidas a juzgamiento ni la interpretación —también legítima— de la norma jurídica oscura que los jueces deben aplicar.

Critico, sí, la interpretación contra *legem*, la falta de aplicación de la ley positiva que expresamente resuelve un caso determinado, privilegiando así y otra vez lo *good* por sobre lo *right*, sin que nadie atine a recordar que el fallar en contra del texto expreso de la ley en la Argentina configura el tipo delictivo denominado *prevaricato*...

Buscando un proceso que se enmarque siempre en *criterios objetivos de legitimidad*, he logrado con los años hacer un giro de ciento ochenta grados respecto de lo que pensaba en cuanto a cómo debían actuar los jueces en las tareas de *procesar* y de *sentenciar*.

Y creo que esa legitimidad se encuentra sólo dentro de un *sistema* en el cual quepan todas las soluciones posibles. Aun las no previstas pero hallables siempre mediante mecanismos que el mismo sistema proporciona.

En los últimos años —con filosofía posmodernista mediante— ha habido una clara reacción generalizada hacia estas ideas que aquí sostengo, proclamándose desde autorizada y recurrente doctrina que el sistema no es bueno como tal porque no siempre conlleva el resultado de justicia al cual los jueces deben aspirar por sobre todo otro pensamiento en la superior tarea que les asigna la Constitución en el sistema legal argentino vigente.

De ahí que actualmente se propone con insistencia abandonarlo para siempre y, confiando en la sagacidad, sapiencia, dedicación y honestidad de la persona del juez —en rigor, de todos los jueces— entregarle toda la potestad de lograr esa justicia dentro de los márgenes de su pura y absoluta subjetividad.

Igual a lo que hacían el pretor y el cadí... por bueno, sabio y justo que sean un pretor o un cadí determinado, toda vez que en la sociedad moderna hay muchos pretores o cadíes y que pueden no ser iguales entre sí.

Creo que con esto —conocido hoy como *jurisprudencia de principios*— se logrará más inseguridad, más impredecibilidad, más fallos contradictorios, mayor alejamiento de la idea del *debido proceso*, mayor anarquía judicial...

Como se comprenderá luego de su lectura, este libro es un sentido esfuerzo de autocrítica. Y ese es su mérito, si es que tiene alguno.

Si ello sirve para que algún lector encuentre nuevos caminos a recorrer en procura de un irrestricto y final cumplimiento de la *Ley* y de la *ley*, me sentiré plenamente conforme con ese esfuerzo.

Para que el lector pueda lograrlo, es menester que explique lo más detenidamente posible en qué consiste un verdadero proceso que, como tal, no se presenta en nuestros regímenes actuales.

A eso tiende la primera parte de este libro.

En su segunda parte, aspiro a ser polémico. Pero entiéndase bien: no a *tener la razón*, sino sólo a presentar otros puntos de vista —diferentes de los habituales— para instaurar un debate en el medio jurídico acerca de qué es o debe ser lo mejor para nuestros sistemas judiciales.

Para ello explico el nacimiento y contenido de un movimiento doctrinal —cada vez con mayor número de adeptos— que definiendo y que se conoce con la denominación de *garantismo procesal*.

Como realmente deseo discutir las ideas que aquí expongo —a lo cual casi todos rehuyen habitualmente— dejo mi dirección epistolar al pie de esta *Presentación* para que todo interesado en hacerlo pueda enviarme su opinión, que será publicada en www.garantismo-procesal.com.ar.

Desde ya, todo mi agradecimiento a quienes así lo hagan.

ADOLFO ALVARADO VELLOSO

aav@alvarado-abogados.com

aav@academiadederecho.com

[aav@garantismo-procesal.com.ar](http://www.garantismo-procesal.com.ar)

Capítulo I

LA CAUSA Y LA RAZÓN DE SER DEL PROCESO

Sumario:

1. La causa del proceso: el conflicto de intereses
2. Las posibles soluciones del conflicto intersubjetivo
3. La razón de ser del proceso

1. LA CAUSA DEL PROCESO: EL CONFLICTO DE INTERESES

Toda explicación habitual de la asignatura *Derecho Procesal* pasa por una obligada referencia inicial a la ley que rige la materia, con prescindencia del problema de la vida que generó su creación y vigencia.

Ello no es correcto pues impide vincular adecuadamente los dos extremos que se presentan en la aplicación de toda y cualquiera norma: la aparición del problema de convivencia y la solución que a ese problema le otorga la ley.

De ahí que parece imprescindible comenzar la explicación de este libro con una primaria y obligada referencia a la *causa del proceso*: el *conflicto intersubjetivo de intereses*. Sólo así podrá saberse a la postre qué es el proceso y, luego, qué es el *proceso garantista o efectivo garantizador de los derechos constitucionales*.

En esa tarea, creo que es fácil de imaginar que un hombre viviendo en absoluta soledad (Robinson

Crusoe en su isla, por ejemplo) —no importa al efecto el tiempo en el cual esto ocurra— tiene al alcance de la mano y a su absoluta y discrecional disposición todo bien de la vida suficiente para satisfacer sus necesidades de existencia y sus apetitos de subsistencia.

En estas condiciones es imposible que él pueda, siquiera, concebir la idea que actualmente se tiene del Derecho.

Fácil es también de colegir que este estado de cosas no se presenta permanentemente en el curso de la historia; cuando el hombre supera su estado de soledad y comienza a vivir en sociedad (en rigor, cuando deja simplemente de *vivir* para comenzar a *convivir*), aparece ante él la idea de *conflicto*: un mismo bien de la vida, que no puede o no quiere compartir, sirve para satisfacer el interés de otro u otros de los convivientes y, de tal modo, varios lo quieren contemporánea y excluyentemente para sí (comida, agua, techo, etcétera) con demérito de los apetitos o aspiraciones de alguno de ellos.

Surge de esto una noción primaria: cuando un individuo (coasociado) quiere para sí y con exclusividad un bien determinado, intenta implícita o expresamente someter a su propia voluntad una o varias voluntades ajenas (de otro u otros coasociados): a esto le asigno el nombre de *pretensión*.

Si una pretensión es inicialmente satisfecha (porque frente al requerimiento «¡dame!» se recibe como respuesta «te doy»), el estado de convivencia armónica y pacífica que debe imperar en la sociedad permanece incólume.

Y en este supuesto no se necesita el Derecho.

Pero si no se satisface (porque frente al requerimiento «¡dame!» la respuesta es «no te doy») resulta que a la pretensión se le opone una *resistencia*, que puede consistir tanto en un *discutir* como en un *no acatar* o en un *no cumplir un mandato vigente*.

Al fenómeno de *coexistencia de una pretensión y de una resistencia* acerca de un mismo bien en el plano de la realidad social, le doy la denominación de *conflicto intersubjetivo de intereses*.

Hasta aquí he contemplado la idea de un pequeño e incipiente grupo social, en el cual los problemas de convivencia parecen ser acotados.

Pero cuando el grupo se agranda, cuando la sociedad se convierte en nación, también se amplía —y notablemente— el campo conflictual.

Si se continúa con la hipótesis anterior, ya no se tratará de imaginar en este terreno la simple exigencia de un «dame» con la respuesta «no te doy» sino, por ejemplo, de determinar si existe una desinteligencia contractual y de saber, tal vez, si hay incumplimiento de una parte, si ello ha sido producto de la mala fe, si es dañoso y, en su caso, cómo debe medirse el perjuicio, etcétera.

El concepto sirve también para el campo delictual: ya se comprenderá oportunamente por qué.

Como es obvio, el estado de conflicto genera variados y graves problemas de convivencia que es imprescindible superar para resguardar la subsistencia misma del grupo.

De ahí que creo necesario mostrar ahora cuáles son sus posibles soluciones lógicas.

2. LAS POSIBLES SOLUCIONES DEL CONFLICTO INTERSUBJETIVO

Planteada elementalmente la noción de conflicto como la de un *fenómeno inherente a la convivencia*, parece razonable imaginar que en los primeros tiempos se terminaba sólo por *el uso de la fuerza*: el más fuerte, el que ostentaba armas, el más veloz, hacía prevalecer su voluntad sobre el débil, el indefenso, el lento.

Y esto se presenta como claramente disvalioso pues el uso indiscriminado de la fuerza no asistida por la razón genera destrucción.

Por eso parece obvio que la fuerza debe ser erradicada de modo imprescindible para lograr la sobrevivencia de la sociedad misma como tal, pues descarto que el bíblico triunfo de David en su desigual lucha contra Goliath es una mera anécdota muy difícil de repetir en la historia. La regla es siempre igual: el pez grande se come al chico.

No creo que haya posibilidad histórica cierta de saber cómo hizo el débil para convencer al fuerte en el sentido de eliminar el uso de la fuerza y suplantarla por un medio no violento: *el uso de la razón*.

En otras palabras: cómo hizo para lograr que la *fuerza de la razón* sustituyera a la *razón de la fuerza*, reemplazando el brazo armado por la palabra, que ostenta —como medio de discusión— la innegable ventaja de igualar a los contendientes.

Pero es indudable que ello ocurrió en algún momento de los tiempos históricos muy antiguos. Tanto, que no existe memoria al respecto.

Y al aceptar todos los coasociados la posibilidad de *dialogar*¹ surgió como natural consecuencia la probabilidad de autocomponer sus conflictos pacíficamente, sin uso de armas o de fuerza.

Sin embargo, y como se verá en el número siguiente, no pudo prescindirse definitivamente del uso de la fuerza², siendo menester aceptarla cuando su equivalente —el proceso— llegaría tarde para evitar la consumación de un mal cuya existencia no se desea.

Utilizando exclusivamente el razonamiento lógico —que no admite opinabilidad alguna— y conforme con lo recién visto, puede colegirse que cuando se desencadena un conflicto intersubjetivo de intereses, en definitiva se termina por una de dos vías:

a) se *disuelve* por los propios interesados, directa o indirectamente o

b) se *resuelve* por acto de autoridad, legal o convencional.

Y no hay otra posibilidad, como luego se advertirá.

Veamos ahora los medios por los cuales un conflicto puede disolverse.

¹ Castizamente, se entiende por *diálogo* a la negociación o discusión sobre un asunto con la intención de llegar a un acuerdo entre las distintas posiciones encontradas. Obviamente, el diálogo supone dos sujetos que hablan uno con el otro.

² Utilizo el vocablo en el sentido de emplear energía para doblegar una voluntad o modificar la realidad. En otras palabras: como *violencia física* o como *fuerza bruta* (la que se aplica sin derecho o sin inteligencia).

Ellos son: la autodefensa y la autocomposición.

1) La *autodefensa*:

Es un medio de autocomposición directa y unilateral mediante el cual la parte afectada por el conflicto no acepta el sacrificio del propio interés y hace uso de la fuerza cuando el proceso llegaría tarde para evitar la consumación del daño que teme o sufre³.

2) La *autocomposición*:

Es un medio que puede presentarse *unilateral* o *bilateralmente* y operar en forma *directa* (por los propios interesados y sin la ayuda de alguien) o *indirecta* (con la ayuda de un tercero).

Veamos cuáles son:

2.1) Los *medios de autocomposición directa* (sin la ayuda de alguien):

Las propias partes son quienes llegan espontáneamente a la composición del conflicto, haciendo que éste se disuelva a base de uno de tres posibles medios dependientes en forma exclusiva de la voluntad de ellas mismas:

³ En el derecho argentino, por ejemplo, se pueden ver numerosos casos de autodefensa: en el Código Penal, en cuanto autoriza la *legítima defensa*; en el Código Civil, en tanto se permite el uso de la fuerza para proteger la posesión o para cortar raíces de árboles vecinos o para mantener expedita una propiedad, etcétera.

Por lo demás, el *derecho de retención*, el *despido*, la *huelga*, etcétera, son claras derivaciones jurídicas de la posibilidad de efectuar adecuadamente una autodefensa o autotutela privada.

2.1.1) *Desistimiento*:

El pretendiente renuncia unilateralmente al *total* de su pretensión.

A raíz de ello, deja de pretender y abdica de reclamar en el futuro el objeto hoy pretendido.

2.1.2) *Allanamiento*:

El resistente renuncia unilateralmente al *total* de su resistencia.

A raíz de ello, acata la pretensión esgrimida en su contra por el pretendiente y otorga lo pretendido.

2.1.3) *Transacción*:

Ambos contendientes renuncian en forma bilateral, simultánea y recíproca, *a parte* de sus posiciones ya encontradas.

Y la pérdida de uno se compensa con la del otro de modo tal que los dos terminan ganando.

Y los tres medios enunciados hasta aquí constituyen distintas formas mediante las cuales las partes pueden *conciliar* sus intereses⁴.

Fácil es de advertir que, en cualquiera de tales supuestos, la conciliación opera como un verdadero

⁴ En su verdadero significado castizo, el verbo *conciliar* refiere a «componer o ajustar los ánimos que estaban opuestos entre sí; conformar dos o más proposiciones contrarias». En tal sentido, parece claro que *conciliar* es el género y que *transacción*, por ejemplo, es la especie. De donde resulta que ni castiza ni jurídicamente conviene hacer entre ambos vocablos distinciones que vayan más allá de lo recién expresado.

resultado, pues nada se precisa ya para dar por terminado y superado el conflicto que mantenían los interesados (*se ha disuelto sin necesidad de que alguien lo resuelva*).

2.2) Los medios de autocomposición indirecta (con la ayuda de otro):

Sin disolver el conflicto planteado, pero con la obvia intención de lograr su disolución, las partes llegan bilateralmente a un acuerdo mediante el cual permiten que un *tercero*⁵ efectúe actividad conciliadora con el fin de acercar los intereses contrapuestos y lograr que ellas mismas puedan lograr la anhelada disolución mediante uno de los medios directos ya vistos precedentemente: desistimiento, allanamiento o transacción.

Esta actividad puede presentarse con tres distintas gradaciones que muestran una clara diferencia entre ellas y que generan otras tantas denominaciones: me refiero a la amigable composición, a la mediación y al arbitraje⁶.

⁵ La palabra *tercero* está aquí cronológicamente considerada y elegida: *primero* es el pretendiente, *segundo* es el resistente y *tercero* es quien ayuda a disolver o resuelve el conflicto.

⁶ Si el lector ya conoce el tema, advertirá que existe un caos autoral en cuanto al significado exacto de cada una de las actividades que aquí describo: hay quienes sostienen que la conciliación es cosa distinta de la mediación, por ejemplo, cuando de verdad existe entre ambos conceptos una relación de género a especie; otros afirman que el mediador *resuelve* (por lo cual le exigen que sea un *neutral*) sin advertir la incompatibilidad lógica que existe entre *mediar* y *resolver*, etcétera. Creo que el esquema de activida-

Las explico:

2.2.1) *Amigable composición* (o simple intento de acercamiento):

El tercero, actuando espontáneamente con plena aceptación de ambos interesados o acatando expreso pedido de ellos (de ahí la bilateralidad del medio), se limita a intentar su conciliación, dando consejo y haciendo ver los inconvenientes que puede engendrar el litigio, pero *sin proponer soluciones que, de haberlas, surgirán de las mismas partes en conflicto*, quienes lo disolverán así por uno de las formas ya conocidos: desistimiento, allanamiento o transacción.

En este caso, como es obvio, la actividad que cumple el tercero constituye sólo un *medio* de acercamiento para que los interesados lleguen por sí mismos al *resultado de la autocomposición* (*el conflicto se disuelve sin que nadie lo resuelva*);

2.2.2) *Mediación*:

El tercero, acatando pedido expreso de ambas partes (otra vez se advierte la bilateralidad del medio), asume un papel preponderante en las tratativas y, por ende, diferente del caso anterior: ya no se limita a acercar amigablemente a los interesados sino que *asume la dirección de las tratativas y hace proposiciones* que, nótese bien, ellos tienen plena libertad para aceptar o rechazar.

des aquí mostrado es el correcto: si bien se mira el asunto, se hallan cubiertas en el texto todas las funciones posibles de ser cumplidas por el tercero, sólo que sistémicamente presentadas.

De lograrse el acuerdo, se trasuntará otra vez en un desistimiento, un allanamiento o una transacción.

Y al igual que en el supuesto anterior, se ve claro que la actividad desplegada por el tercero sólo es un *medio* para que los contendientes lleguen por sí mismos al resultado de la composición (nuevamente, *el conflicto se disuelve sin que nadie lo resuelva*).

Hasta aquí he presentado dos medios auto-compositivos indirectos, mostrando en todos los casos que las partes se ponen de acuerdo para aceptar la presencia de un tercero que las ayude a disolver el conflicto.

La última actitud posible de ser ejercida por el tercero —la de decidir el conflicto mediante un acto propio— no puede presentarse lógicamente como un caso de *autocomposición* toda vez que, mediante el acto del tercero *el conflicto se resuelve, no se disuelve*.

Sin embargo, y con esta salvedad recién hecha, incluyo en esta explicación la siguiente actitud —de decisión— por cuanto si bien ella opera como una verdadera heterocomposición —y no como auto-composición— parece claro que para llegar a esta posibilidad, los interesados han debido ponerse de acuerdo en varias cosas: primero y más importante, en aceptar que un tercero particular defina el conflicto; segundo, en convenir que el tercero sea una determinada persona, con nombre y apellido, que ambos respetan y en quien ambos confían.

Y aquí hay, al menos, un principio de autocomposición.

Veamos ahora la última chance de actuación del tercero:

2.2.3) *Decisión:*

El tercero, a pedido de las partes y dentro de los límites que ellas expresamente fijen al efecto, asume un papel aún más preponderante: no sólo intenta el acercamiento (cual lo hace el *amigable compositor*); no sólo brinda propuestas de soluciones (cual lo hace el *mediador*) sino que, luego de escucharlas en pie de perfecta igualdad, *emite decisión* que *resuelve* definitivamente el conflicto, pues las partes se han comprometido en forma previa a acatarla.

Como se ve, el caso es por completo diferente de los anteriores: aquí, la actividad del tercero —al igual que la del juez en el proceso judicial— muestra una verdadera *composición*, sólo que *privada*, que deja de ser *medio* para convertirse en *resultado*: el *arbitraje* o el *arbitramento*.

En otras palabras: no se trata ya de *autocomposición* sino de *heterocomposición privada*.

Cuando no media acuerdo de las partes interesadas y, por tanto, se descarta la autocomposición (directa o indirecta) la solución del conflicto pasa exclusivamente y como *alternativa final*⁷ por el *proceso judicial*.

⁷ Es habitual leer que los métodos descritos en el texto son *alternativos del proceso judicial* cuando, en rigor de verdad, ocurre exactamente a la inversa. Nadie quiere adentrarse alegremente en los difíciles meandros de un proceso sin haber intentado en forma previa un medio de autocomposición. Sólo en ultimísimo caso se comienza el verdadero y peligroso safari en el que se ha convertido actualmente el proceso judicial.

Y ello muestra el otro medio posible de heterocomponer el conflicto.

El primero es de carácter *privado* (arbitraje y arbitramento).

El otro es

3) La *heterocomposición pública* (pura o no conciliativa):

Es éste un medio unilateral cuya iniciación depende sólo de la voluntad del pretendiente: ante la falta de satisfacción de su pretensión por parte del resistente, el pretendiente ocurre ante el órgano de justicia pública requiriendo de él la sustanciación de un proceso susceptible de terminar en sentencia que acoja su pretensión.

De tal modo, su decisión opera como *resultado*.

Por las razones recién explicadas, éste es el único supuesto de *resolución* que escapa al concepto genérico de *conciliación*.

Sintetizando metódicamente lo precedentemente explicado, cabe decir aquí que todo conflicto intersubjetivo de intereses puede ser solucionado por cuatro vías diferentes:

a) *por el uso de la fuerza*, que debe descartarse a todo trance para mantener la cohesión del grupo social.

Claro está, la afirmación tiene algunas excepciones que mencionaré en el número siguiente;

b) *por el uso de la razón*, que iguala a los contendientes y permite el diálogo: éste posibilita lograr una *autocomposición directa* que se traduce en una renuncia total del pretendiente (*desistimiento*) (el

supuesto comprende también el del *perdón del ofendido* en materia penal); en una renuncia total del resistente (*allanamiento*) y en sendas renunciaciones recíprocas y parciales (*transacción*);

c) *por el uso de la autoridad de un tercero*, que permite lograr una *autocomposición* (otra vez, desistimiento, allanamiento, transacción) *indirecta* gracias a la *amigable composición* o a la *mediación* de tal tercero, cuya intervención al efecto aceptan expresa y plenamente los interesados.

El supuesto también permite llegar a una *heterocomposición privada* cuando el tercero (que no es juez sino *árbitro* o *arbitrador*) adopta una actitud *decisiva*, resolviendo el litigio;

d) *por el uso de la ley*: siempre que los contendientes descarten las soluciones autocompositivas, y dado que no pueden usar la fuerza para disolver el conflicto, deben lograr la *heterocomposición pública* con la resolución de un tercero que es juez.

Ello se obtiene exclusivamente como resultado de un *proceso*.

Como es fácil de imaginar, esta es la única alternativa posible en materia penal.

3. LA RAZÓN DE SER DEL PROCESO

Si la *idea de proceso* se vincula histórica y lógicamente con la necesidad de organizar un *método de debate dialogal* y se recuerda por qué fue menester ello, surge claro que la *razón de ser del proceso* no puede ser otra que la *erradicación de la fuerza en el grupo social*, para asegurar el mantenimiento de la paz y de normas adecuadas de convivencia.

Empero —y esto es obvio— la idea de fuerza no puede ser eliminada del todo en un tiempo y espacio determinado, ya que hay casos en los cuales el Derecho, su sustituto racional, llegaría tarde para evitar la consumación de un mal cuya existencia no se desea: se permitiría así el avasallamiento del atacado y el triunfo de la pura y simple voluntad sin lógica.

Tal circunstancia hace posible que, en algunos casos, la ley permita a los particulares utilizar cierto grado de fuerza que, aunque ilegítima en el fondo, se halla *legitimada* por el propio derecho.

Por ejemplo, si alguien intenta despojar a otro de su posesión, puede éste oponer —para rechazar el despojo— una fuerza proporcional a la que utiliza el agresor.

Al mismo tiempo, y esto es importante de comprender, el Estado (entendido en esta explicación como el todo de la congregación social ya jurídicamente organizada) también se halla habilitado —por consenso de sus coasociados— para ejercer actos de fuerza, pues sin ella no podría cumplir su finalidad de mantener la paz.

Piénsese, por ejemplo, en la necesidad de *ejecutar compulsivamente una sentencia*: ¿qué otra cosa sino *uso de la fuerza* es el acto material del desahucio, del desapoderamiento de la cosa, de la detención de la persona, etcétera?

Realmente, esto se presenta como una rara paradoja: para obviar el uso de la fuerza en la solución de un conflicto, se la sustituye por un debate dialógico que termina en una decisión final que —a su turno— originará un acto de fuerza al tiempo de

ser impuesta al perdidoso en caso de que éste no la acate y cumpla espontáneamente.

En suma: todo el derecho, ideado por el hombre para sustituir la autoridad de la fuerza, al momento de actuar imperativamente para restablecer el orden jurídico alterado se convierte o se subsume en un acto de fuerza: *la ejecución forzada de una sentencia*.

Estas circunstancias hacen que, como inicio de cualquiera exposición sobre el tema, deba ponerse en claro que el acto de fuerza puede ser visto desde un triple enfoque:

- a) es *ilegitima* cuando la realiza un particular;
- b) es *legitimada* cuando excepcionalmente el Derecho acuerda al particular la posibilidad de su ejercicio en determinadas circunstancias y conforme a ciertos requisitos que en cada caso concreto se especifican con precisión;
- c) es *legítima*, por fin, cuando la realiza el Estado *conforme con un orden jurídico esencialmente justo y como consecuencia de un proceso*.

De tal modo, y a fin de completar la idea inicialmente esbozada, ya puede afirmarse que *la razón de ser del proceso es la erradicación de toda fuerza ilegítima dentro de una sociedad dada*.

No importa al efecto que una corriente doctrinal considere que el acto de juzgamiento es nada más que la concreción de la ley, en tanto que otras amplían notablemente este criterio; en todo caso es imprescindible precisar que la razón de ser del proceso permanece inalterable: se trata de mantener la paz social, *evitando que los particulares se hagan justicia por mano propia*.

Capítulo II

APROXIMACIÓN A LA IDEA DE PROCESO

Sumario:

1. La función del proceso
2. Las nociones de *conflicto*, *litigio* y *controversia*
3. La descripción del método de debate
4. El objeto del proceso

1. LA FUNCIÓN DEL PROCESO

Se colige de lo expuesto en el Capítulo anterior que el proceso es un *medio pacífico de debate* mediante el cual los antagonistas *dialogan entre sí* para lograr la resolución por una autoridad (ya se verán sus caracteres) de los conflictos intersubjetivos de intereses que mantienen y cuya razón de ser se halla en la necesidad de erradicar la fuerza ilegítima en una determinada sociedad.

Así contemplado, el proceso cumple una doble función:

a) *privada*:

Es el instrumento que tiene todo individuo en conflicto para lograr una solución (*rectius*: *resolución*) del Estado, al cual debe ocurrir necesariamente —como alternativa final— si es que no ha logrado disolverlo mediante una de las posibles formas de autocomposición;

b) *pública*:

Es la garantía que otorga el Estado a todos sus habitantes en contrapartida de la prohibición impuesta respecto del uso de la fuerza privada.

Para efectivizar esta garantía, el Estado organiza su Poder Judicial y describe *a priori* en la ley el método de debate así como las posibles formas de ejecución de lo resuelto acerca de un conflicto determinado.

2. LAS NOCIONES DE CONFLICTO, LITIGIO Y CONTROVERSIA

Hasta ahora, he presentado de modo lato la *noción de conflicto*, que puede existir en la realidad social con distintos *contenidos*: moral, religioso, filosófico, político, jurídico, económico, etcétera.

Debo limitar ahora el concepto al de contenido *exclusivamente jurídico* —dejando de lado a todos los demás posibles que no interesan al Derecho— y que se presenta en la vida social cuando existe un choque intersubjetivo de intereses (coexistencia de una pretensión y de una resistencia) por desconocimiento o violación de un precepto que preordena una conducta que en los hechos no se cumple: por ejemplo, el comprador no paga el precio de la cosa adquirida, no obstante ser ésa la conducta que el precepto legal ordena expresamente; a raíz de ello, el vendedor pretende cobrar dicho precio y el comprador se resiste a pagarlo.

Ya se sabe que este conflicto puede tener diversas soluciones autocompositivas; pero si éstas no pueden ser logradas, al vendedor-pretendiente «que

no puede hacer uso de la fuerza» no le queda otro camino que incoar un proceso mediante una *demand*a en la cual debe *afirmar* necesariamente (es una regla de juego de ineludible cumplimiento) la existencia del conflicto en el plano de la realidad social (lo mismo ocurre cuando se efectiviza una conducta tipificada como delito por la ley).

Esa *necesaria afirmación* convierte al simple diálogo en algo parecido a una *dialéctica*¹, en la cual el pretendiente afirma un hecho (*tesis*), el resistente lo niega (una suerte de *antítesis*) y, eventualmente, el juez produce la conclusión (*síntesis*) en su sentencia² dando o no por demostrada la tesis en orden a los medios de confirmación que alguno de los interesados haya acercado en función de claras reglas que establecen a quién le compete la tarea de confirmar.

El cumplimiento de esta tarea se efectúa en un *plano estrictamente jurídico* (el del proceso), obviamente diferente *del plano de la realidad social*, pudiendo ocurrir que entre ambos exista o no plena coincidencia.

¹ Entendiendo por tal al método de razonamiento que consiste en ir enfrentando posiciones distintas para extraer de su confrontación una conclusión que se adecue con la realidad de lo acaecido en el conflicto.

² En rigor de verdad no se trata de una verdadera síntesis porque la sentencia no es un razonamiento que va de lo simple a lo compuesto ni es una exposición que reúne los distintos elementos de un conjunto, toda vez que en ella el juzgador se contenta con dar la razón a uno de los contendientes a despecho del otro. Pero la expresión vale retóricamente.

Y es que salvo raras y contadas excepciones, la garantía estatal de resolución de conflictos es amplísima, por lo que en general no se veda ni se limita la posibilidad jurídica de demandar que tiene todo particular.

De ahí que pueda hacerlo *quien sabe que no tiene razón* (pues le consta que el conflicto no existe en la realidad o que carece de sustento jurídico) o *quien cree que la tiene aun cuando así no sea* (cree equivocadamente que el conflicto existe cuando nunca se formalizó en la realidad social).

Aunque es improbable que en estas condiciones se otorgue satisfacción judicial a tal pretensión, la existencia de la simple posibilidad de demandar por quien carece de toda razón hace necesario distinguir la noción de *conflicto* de otra que he de usar a menudo en esta obra: la de *litigio*.

Si *conflicto* es la coexistencia de una pretensión y de una resistencia en el plano de la realidad social, *litigio* es la *simple afirmación*, en el plano jurídico del proceso, de la existencia de un conflicto en el plano de la realidad social, *aun cuando de hecho no exista o no haya existido tal conflicto*.

Por constituir dos conceptos *cualitativamente* diferentes, resulta conveniente distinguir en forma acabada entre las ideas de *conflicto* y de *litigio* y tener presente que:

a) puede existir *conflicto sin litigio*:

Cuando se mantiene en el estricto plano de la realidad, sin disolverse ni ser resuelto pues el pretendiente no demanda judicialmente y se contenta con continuar en su estado de insatisfacción;

b) puede existir *litigio sin conflicto*:

Cuando el pretendiente demanda sabiendo que no hubo conflicto en el plano de la realidad o creyendo que existió aunque así no haya sido (ello explica el rechazo de una pretensión por parte del juez);

c) puede existir *litigio con conflicto* (o, a la inversa, *conflicto con litigio*):

Cuando éste es trasladado desde el plano de la realidad al jurídico del proceso: el pretendiente demanda afirmando y pudiendo confirmar la razón que le asiste.

Resulta así que la noción de *litigio* —y no la de conflicto— es inseparable de la función judicial y una de las bases necesarias del concepto de *proceso*.

En rigor, y como luego se explicará, *no puede darse lógicamente un proceso sin litigio* (aunque sí sin conflicto).

Por último, se entiende por *controversia* la efectiva discusión operada en un proceso respecto del litigio que lo origina; cabe aquí acotar que puede ocurrir que no haya tal controversia pues el resistente acepta liminarmente los extremos de la pretensión del actor y, por ende, no presenta debate.

De ahí que pueda existir litigio *con* y *sin controversia*, según sea la actitud que al respecto adopte el demandado.

3. LA DESCRIPCIÓN DEL MÉTODO DE DEBATE

En el Capítulo anterior hice una somera aproximación a su concepto. Corresponden ahora mayores precisiones.

La antigüedad remota concibió al proceso como un diálogo de corte estrictamente *sacramental*, con la utilización de fórmulas retóricas insoslayables ante sacerdotes que, mediante sacrificios de animales u otros métodos similares, daban una solución con inspiración divina.

Civilizaciones posteriores organizaron combates armados con invocación a Dios, con la creencia de que triunfaría aquel que tuviera su protección (*Juicios de Dios*) o, con una crueldad propia de la época, se sometía al individuo a *ordalías*³ tales como bañarlo en aceite hirviendo, sumergirlo en agua durante tiempo prolongado, etcétera, no estando hoy de acuerdo los autores en si la inocencia se demostraba saliendo indemne de la prueba o pereciendo en ella el inculpatado, so capa esto de diversas explicaciones.

Posteriormente, el debate perdió su sentido místico y se *racionalizó* al punto de idearse *una serie de actos* de procedimiento (o serie procedimental) para realizar la discusión en diálogo efectuado ante el juez.

Sin perjuicio de señalar que oportunamente se verán los distintos sistemas de procesamiento y los diferentes pensamientos filosófico-políticos que los inspiran, en esta tarea de acercamiento a la noción de proceso, adelanto que la serie de actos a cumplir debe guardar lógicamente el siguiente orden estricto, que opera como *modelo patrón* de la discusión y

³ Con vigencia en toda la época medieval, las *ordalías* eran pruebas o prácticas bárbaras a las que era sometido un acusado para averiguar su inocencia o culpabilidad.

que consiste en una *serie de etapas concatenadas entre sí* ideadas al efecto por el legislador.

Desde la más remota antigüedad, tales etapas son:

a) la primera, de carácter introductorio y constitutivo, está integrada por una necesaria *afirmación del pretendiente* (ya en el proceso se lo denomina *actor* o *acusador*) respecto de la existencia de un conflicto en el plano de la realidad social y del pedido de solución o de sanción conforme con la norma jurídica que ha sido desconocida en los hechos o en la cual éstos se han encuadrado.

Como es fácil de imaginar, y por importante que sea la afirmación o la persona del actor, el juez no puede resolver sin escuchar previamente la versión de los hechos por parte del resistente, que puede ser por completo diferente de la otra.

Se trata, simplemente, de oír dos campanas antes de decidir por cuál de ellas optar.

Es por eso que esta etapa introductoria se completa:

b) con una segunda, constituida por una *posibilidad de negación* del resistente (ya en el proceso se lo denomina *demandado* o *reo*) respecto de la afirmación efectuada por el actor o acusador.

Por ejemplo, el actor Pedro asevera que el demandado Juan es su deudor pues le vendió y entregó una mercadería cuyo precio en dinero no abonó (litigio); por tanto, reclama (pretensión) que el juez lo condene (al sentenciar) a pagarle dicho precio.

A su turno, e iniciado ya el proceso, el demandado Juan sostiene que nada debe (resistencia) pues

no existió la compraventa de mercadería cuya existencia afirma el actor Pedro (controversia).

Ante tan disímiles posiciones, el juez debe resolver dando la razón a uno o a otro, en todo o en parte.

De ello surge que, lógicamente, siempre hay un ganancioso y un perdidoso pues es imposible *empatar* en el resultado del proceso⁴.

Obviamente, si ambos contendientes actúan en pie de igualdad y, por tanto, no sirve al efecto conocer cuál de los dos es más importante, o más rico, o con más prestigio social, etcétera, pues nada de ello importa dentro del proceso —donde la natural *desigualdad* que hay entre los hombres se *igual*a jurídicamente— el juzgador debe historiar en el pasado para conocer qué fue lo realmente acaecido.

A efecto de contar con los elementos suficientes para hacerlo, posibilitará la apertura de

c) una tercera etapa, de carácter *confirmatorio*⁵, durante la cual cada uno de los interesados (me refiero a la *partes del proceso* y en la medida que a cada una de ellas les incumba) —mediante el cumplimiento de reglas técnicas claras y precisas que luego enunciaré— allegará al juez los medios (nu-

⁴ Atención a esto: a pesar de que así se afirma habitualmente, no hay empate cuando el juez acoge demanda y reconvencción deducidas por las partes contrarias en un mismo litigio. En verdad, allí hay dos gananciosos y dos perdidos en sus respectivas pretensiones.

⁵ El vocablo *confirmación* es el que invariablemente utilizo para mencionar el concepto habitual de *prueba*. Por supuesto, esto no es simple capricho: hay todo un mundo de diferencia entre *prueba* y *confirmación*.

merosos y disímiles) convincentes de la bondad de las respectivas versiones.

Como el objeto de la *confirmación* es precisamente lograr el *convencimiento del juez*, debe pensarse que ello no sea posible o fácil de conseguir sin la unión racional de los diversos elementos aportados.

De ahí resulta necesario que, luego de presentado todo el material de confirmación, cada uno de los interesados tenga la posibilidad de unirlo lógicamente para que pueda cumplir su objeto.

Ello origina

d) una cuarta etapa, de *alegación*, durante la cual cada parte hace una evaluación del aludido material, encuadrando los hechos acreditados en la norma jurídica que rige el caso sometido a juzgamiento.

En síntesis, la *serie* se compone de los siguientes actos que deben concatenarse en un orden lógico que no puede ser alterado: afirmación-negación-confirmación-alegación.

Sin la totalidad de los actos que componen la serie *no existe proceso* tal como estoy concibiéndolo. Ya volveré nueva y recurrentemente sobre este tema.

Y la serie es idéntica para *todos* los supuestos justiciables: no interesa cuál es la materia a decidir (civil, comercial, penal, etcétera) ni quiénes son los contendientes, ya que *tal serie es la que hace que un proceso sea un proceso y no otra cosa*.

4. EL OBJETO DEL PROCESO

La serie de actos recién descritos —afirmación, negación, confirmación y alegación— constituye el *proceso*, entendido como *medio de debate*.

Toda la serie procesal —procesamiento— tiende a su natural y único *objeto*⁶: lograr una declaración del juez ante quien se presenta el litigio aunque, de hecho, muchas veces no se llegue a ello pues los interesados —en algunos casos— prefieren soluciones autocompositivas (ver el Capítulo anterior) que evitan la heterocomposición.

Tal declaración se efectúa en la *sentencia*, que viene a constituirse así en el *objeto del proceso* (es decir el punto hacia el cual tiende o su objetivo final).

Como es fácil de comprender luego de lo expresado, la sentencia es el *acto judicial que resuelve* (heterocompositivamente) *el litigio ya procesado*, mediante la aceptación que el juez hace de alguna de las encontradas posiciones (tesis-antítesis) mantenidas por los antagonistas (pretendiente —actor o acusador y resistente— demandado o reo) luego de evaluar (según ciertas reglas precisas) los medios confirmatorios de las afirmaciones efectuadas por el actor (en función de las negativas del demandado respecto de ellas) y de la aplicación particularizada al caso de una norma jurídica que preexiste en abstracto y con carácter general.

Para poder avanzar ahora en la formulación de un concepto jurídico del vocablo *proceso* —insisto: como método de enjuiciamiento para que dos individuos en litigio puedan lograr su resolución por un acto de autoridad— es necesario conocer antes cuáles son los sistemas ideados al efecto.

Eso será el contenido del próximo Capítulo.

⁶ Utilizo la palabra *objeto* en su tercera acepción castellana: *término o fin de los actos*.

Capítulo III

LOS SISTEMAS PROCESALES

Sumario:

1. El impulso procesal
2. Los orígenes del problema: un poco de historia.
3. El sistema inquisitorio o inquisitivo
 - 3.1. Antecedentes
 - 3.2. Descripción del método
 - 3.3. Su aplicación en la Argentina
4. El sistema acusatorio o dispositivo
 - 4.1. Antecedentes
 - 4.2. Descripción del método
 - 4.3. Su aplicación en la Argentina
5. El sistema mixto

1. EL IMPULSO PROCESAL

He empleado ya el sintagma *serie procedimental* para referir a la estructura lógica del proceso. Corresponde ahora explicar su significado.

Castizamente, se entiende por *serie* «el conjunto de cosas relacionadas entre sí y que se suceden unas a otras».

Recuerdo ahora que esta noción contiene numerosas aplicaciones en el lenguaje corriente: habitualmente se habla de las series más variadas: *aritmética* (1, 2, 3, 4, 5...); *geométrica* (2, 4, 8, 16, 32 ...); *alfabética* (a, b, c, d, e...); *mensual* (enero, febrero, marzo...); *semanal* (lunes, martes, miércoles...); *musical* (do, re, mi fa, sol), etcétera, utilizando al efecto una idea de fácil comprensión por todos.

Recuerdo también que se trata, simplemente, de una secuencia de ciertos elementos invariables que

están siempre colocados en un mismo orden y que, por ello, es plenamente entendible para quien la ve o lee.

En el lenguaje del proceso ocurre otro tanto: la serie es *lógica* y se compone de numerosos actos sucesivos relacionados entre sí, que aún no he detallado en concreto pero que ya agrupé en grandes *etapas*: afirmación-negación-confirmación-alegación.

Lo que interesa remarcar de esta particular serie es que cualquiera de sus etapas es siempre imprescindible precedente de la que le sigue; y a su turno, ésta es su necesaria consecuencia.

De tal modo, no se puede abrir una etapa sin estar clausurada la que la precede.

En otras palabras: es una *serie consecucional*.

Por eso es que, tanto para iniciar el proceso como para pasar de una etapa a otra, es menester desarrollar una *actividad* material que puede ser cumplida en los hechos por cualquiera de las partes o por el juez.

Habitualmente se dice en la doctrina generalizada que, para determinar a quién corresponde dar ese *impulso*, se han generado en la historia del derecho dos grandes *sistemas* de procesamiento: el *dispositivo* y el *inquisitivo* (gran parte de la doctrina asigna a ambos vocablos el erróneo carácter de *principios*).

En rigor de verdad, el tema es mucho más trascendente pues no se trata sólo de establecer *quién es que puede —o debe— llevar el impulso procesal* y, por ende, hacer avanzar la serie hasta lograr su objeto —como lo presentan inocentemente los au-

tores— sino de definir desde la propia ley cuál es el tipo de proceso que se quiere en orden a la filosofía política imperante en un lugar y tiempo dados.

Para esto habrá que optar, necesariamente, por:

a) un proceso que sirva y pueda ser utilizado como *medio control social o de opresión*, cual lo han pensado y puesto en práctica los regímenes totalitarios basados en filosofías políticas perversas alejadas de toda idea de gobierno republicano (piénsese, por ejemplo, en todas las connotaciones de *El proceso* de Kafka...) o,

b) por lo contrario, un proceso que sirva como *último bastión de la libertad en la tutela de los derechos y garantías constitucionales* y que resulte útil para hacer el intercontrol de poderes que elementalmente exige la idea de República.

De la respuesta que el legislador dé a esta opción, dependerá el tipo de sistema que habrá de normar para que tanto los particulares como el propio Estado puedan solucionar adecuadamente sus conflictos de intereses.

Y para concretar esta opción se han generado en la historia de la humanidad sólo dos sistemas claramente antagónicos: el *dispositivo* o *acusatorio* y el *inquisitivo* o *inquisitorio*.

Ahora sí se comprenderá qué son en realidad *los sistemas procesales*.

Antes de comenzar la explicación puntual de cada uno de ellos, creo imprescindible hacer un poco de historia que permita entender el problema y muestre cómo se llegó a cada una de las posibles soluciones sistémicas.

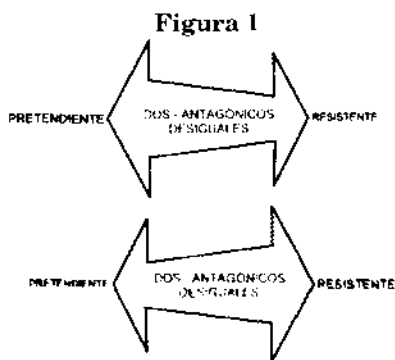
2. LOS ORÍGENES DEL PROBLEMA: UN POCO DE HISTORIA

Con las limitaciones que surgen obvias del escaso conocimiento que aún hoy se tiene de la historia jurídica antiquísima, creo factible afirmar que en un principio todo conflicto intersubjetivo de intereses (tal como lo he concebido en Capítulos anteriores) terminaba —en rigor, no podía ser de otra forma— por la fuerza que un coasociado ejercía sobre otro más débil.

Así era que, frente a la existencia de un *conflicto* (recordar que se presenta en el plano de la realidad social cuando en ella coexisten una pretensión y una resistencia acerca de un mismo bien de la vida), la solución sólo se lograba con la realización de un acto de fuerza.

En otras palabras: usando la *razón de la fuerza*.

De tal manera que, si atendemos a la obvia desigualdad natural existente siempre entre los diferentes hombres que integran un conglomerado social, la estructura de todo conflicto puede sintetizarse con una de las figuras que muestro seguidamente y que, en esencia, representan idéntica idea:



Como se ve, un antagonista está siempre frente al otro y el ancho de las flechas que los separan se encuentra engrosado tanto del lado del pretendiente (en la primera figura) como del lado del resistente (en la segunda figura), queriendo significar con esto que *uno* de ellos (no importa cuál) es siempre más fuerte que el otro. Lo que lleva a imaginar cuál de los contendientes resultará ganador en la desigual lucha.

En algún momento de la historia las cosas cambiaron inexplicablemente.

Aunque es imposible saber cómo hizo el débil para convencer al fuerte de que solucionaran sus conflictos por medio de la palabra y no con el brazo armado, lo cierto es que en algún momento de la historia *la razón de la fuerza* fue sustituida por *la fuerza de la razón*.

De allí en más se posibilitó el *diálogo*¹ y, con él, la realización de los medios autocompositivos ya vistos en el Capítulo I y que pueden operar *directamente* (desistimiento, allanamiento y transacción) o *indirectamente*, con la ayuda de un tercero particular (actuando como amigable componedor o como mediador) para *disolver* el conflicto.

También vimos que ese tercero particular podía *resolverlo*, actuando como *árbitro* o *arbitrador*.

¹ Esto es contemporáneo a la creación de la filosofía, cuando el pensamiento se descubre a sí mismo, se libera de las cadenas del mito y se da sus propias leyes, las leyes de la lógica. Pero hay algo más: el pensamiento es diálogo y no monólogo. Por eso es que un ensayista europeo ha vinculado indisolublemente la palabra *diálogo* con *democracia*.

Cuando la autocomposición —directa o indirecta— no era posible, sólo quedaba al pretendiente, como única alternativa final, el *proceso judicial* ante una *autoridad* (el jefe de la tribu o del clan, el pretor, el señor feudal, el rey, el juez, etcétera).

La idea de proceso, concebido entonces como *medio pacífico de debate dialéctico*, fue a no dudar uno de los grandes inventos de la antigüedad, tal vez más importante que el de la *rueda*, pues posibilitó que el hombre trabajara con ella en paz...

Lo notable del invento consistió en que el duelo en el cual prevalecía la pura fuerza seguía existiendo igual que antes, ya que otra vez se presentaban a pelear dos sujetos antagónicos.

Sólo que ahora la discusión se efectuaba dialogal y dialécticamente ante un tercero que la regulaba y dirigía en carácter de autoridad y que, por ser precisamente un *tercero*,

a) no era *pretendiente* ni *resistente* (es decir, ostentaba la cualidad de *imparcial*, que significa *no ser parte*),

b) no tenía interés personal en el resultado del conflicto (cualidad de *imparcial*)

c) y no se encontraba en situación de *obediencia debida* respecto de alguna de las partes en conflicto (cualidad de *independencia*).

De tal forma, la estructura del medio de discusión puede mostrarse con una nueva figura (distinta de las anteriores), representada por un triángulo equilátero que muestra a los dos contendientes en la base, uno contra el otro (naturalmente desiguales) y *equidistantes* (lo que da clara idea de

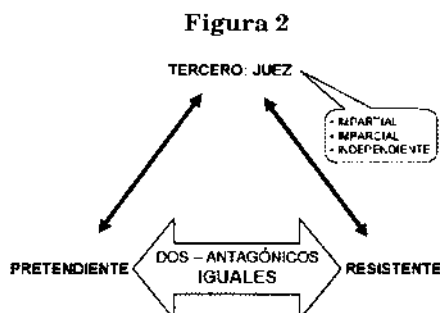
igualdad) del tercero que ha de resolver el conflicto y que, al dirigir el debate, asegura a ambos opositores *un tratamiento jurídico idéntico*.

Y ello es, precisamente, *lo que hace iguales a los desiguales*.

Como se ve, la igualdad es meramente *jurídica* y *de oportunidades*, no real.

Pero al asegurar esta paridad entre los contendientes, se logró importantísimo hito en la historia de la humanidad: el de la definitiva pacificación de la convivencia social.

Véase ahora cómo es la figura que representa la idea:



Desde ese momento incierto en la historia de la humanidad en el cual se implantó el diseño triangular para mostrar el método de discusión, todos los conflictos se resolvieron de idéntica forma pacífica en Grecia, Roma, etcétera, hasta que se enseñoreó en la sociedad otro sistema, producto de avatares históricos imposibles de desconocer si se pretende comprender cabalmente el fenómeno en estudio.

3. EL SISTEMA INQUISITIVO O INQUISITORIO

3.1. *Antecedentes*

En la tarea de explicar los antecedentes históricos de este sistema de enjuiciamiento debo remontarme inexorablemente al año de 1215. Perdonará el lector que lo lleve tantos siglos hacia atrás, pero en instantes comprenderá el por qué de ello.

Con pocos meses de diferencia entre uno y otro, en esa fecha acaecieron dos hechos que originaron el tema que intento explicar:

1) en la Europa continental, el *Concilio de Letrán* dispuso que cesaran de una vez y drásticamente las recurrentes herejías² que abundaban en la época; y

2) en la Europa insular, el Rey de Inglaterra emitió la *Carta Magna* para apaciguar a los levantiscos Barones sajones.

² Castizamente, *herejía* es la doctrina que —dentro del cristianismo— es contraria a la fe católica. Por extensión, se usa también para mostrar una opinión no aceptada por la autoridad o una acción desatinada. Como se ve con claridad, significa *pensar diferente...* En este sentido, todavía hoy hay herejías jurídicas. La antigüedad circunscribió el vocablo para expresar una modalidad de la *apostasía*: palabra griega que significa *deserción* y que se usaba para mostrar el abandono de la fe de Cristo recibida y profesada en el Bautismo. De tal modo, *apóstata* es el que deserta totalmente de la religión en tanto que *hereje* es el que se aparta en algunos puntos de fe, pero no en todos. Más propiamente: quien sostiene el *error en materia de fe* con pertinacia (obstinación, terquedad).

Explicaré a continuación qué ocurrió en el mundo conocido a partir de cada uno de tales acontecimientos.

3.1.1. La influencia del Concilio de Letrán en la idea de proceso

Veamos primero cómo se llegó a este Concilio y el por qué de sus disposiciones.

Desde los comienzos mismos de la Iglesia Católica se puso de manifiesto que no todos los creyentes comprendían de igual forma las enseñanzas de Jesús³ pues hubo algunos que no respetaron los *dogmas* aceptados como tales. Sin embargo, ello no generó problemas de convivencia con las jerarquías eclesiásticas durante varios siglos.

Pero hacia el año 1000 de nuestra Era, la Europa cristiana se enfrentó a la renovación del fenómeno que aparentemente se hallaba detenido desde el Siglo V: se sucedieron rápidamente en Francia —y luego se extendieron a los cuatro puntos cardinales— diversas herejías masivas que, además de impugnar el dogma católico de la Trinidad, negaron instituciones básicas del orden religioso y secular (el matrimonio, la autoridad papal, etcétera)⁴.

³ Así, los lucianistas, cainanos, arquitectónicos, tacionos, apellianos, angélicos, apostólicos, etcétera.

⁴ Así, los arrianos y los valdenses en la región francesa del Languedoc y, particularmente, los albigenses (de Albí) o *cátaros* (los que han hecho *cátarsis*: purificación ritual de personas y de sus pasiones o de las cosas afectadas por alguna impureza).

Contra ello reaccionaron severamente tanto la Iglesia como algunos reyes, utilizando medios diversos que se universalizaron a partir del Concilio de Verona (1184), en el cual nació la institución de la *inquisición como organización eclesial*, que trataré a continuación.

3.1.1.1. La inquisición como organización eclesial

El decreto *Ad abolendum* encomendó a los obispos la inspección anual de los pueblos donde se presentaban numerosas herejías a fin de recabar o inquirir informes secretos acerca de ellas, utilizando al efecto a personas de buena reputación y encargándoles que, llegado el caso, juzgaran por sí mismos a los sospechosos, a quienes se les negaba la posibilidad de oponer cualquier privilegio de exención de juzgamiento.

Parece claro a los autores en general que en esta época y en tales condiciones, lo que verdaderamente importaba a la Iglesia mediante ese *juzgamiento* era la *conversión* y no la *represión* del hereje, por lo que se afirma que, históricamente, el sistema carece de la trascendencia jurídica que muchos estudiosos le asignan. Pero no fue así si se miran bien sus resultados.

Veamos cómo operó la *organización inquisitorial* conocida también como la *inquisición episcopal* (organizada y dirigida por los Obispos): las personas ya mencionadas caminaron los diferentes pueblos de Europa para hacer indagación —casa por casa— buscando pecadores a fin de lograr de ellos su con-

fesión⁵ y el consiguiente arrepentimiento con el firme propósito de no volver a pecar.

Logrado ello, los confesores absolvían y perdonaban los pecados confesados, quedando así expedida la inmediata reinserción de cada pecador en el seno de la Iglesia.

Hasta ese entonces —cierto es— el tema poco interesaba al derecho.

Sin embargo, rescate el lector tres ideas de lo recién expuesto: los inquisidores se dedicaban:

- 1) a la *búsqueda de pecadores*,
- 2) a la *investigación (inquisición) de sus pecados* y
- 3) a *lograr la confesión*...

No duraría mucho tiempo ese estado de cosas: cuando andando los años cambiaron los intereses de Roma, y el Papado se alejó de la pura espiritualidad inicial para comenzar a privilegiar los bienes materiales, con notable injerencia ahora en los gobiernos seculares a quienes disputó el ejercicio del *poder civil*, decidió convertir en *delito* algunas actividades que hasta ese entonces eran meros *pecados*.

Eso ocurrió, precisamente, en el Concilio IV de Letrán de 1215, donde la organización, inocente y verdaderamente santa *Inquisición* inicial, se convirtió en

⁵ Hablo de la *confesión* como sacramento religioso, que consiste en la *declaración de los pecados cometidos que hace el penitente a su confesor*.

3.1.1.2. La *inquisición medieval* o *inquisición papal*

Este Concilio de tanta importancia en nuestra materia —al cual he asignado la categoría de hito histórico— fue el que encomendó la tarea *inquisitorial* a dos Órdenes religiosos de monjes mendicantes —Dominicos y Franciscanos— a quienes instruyó para que continuaran las tareas de búsqueda, investigación y castigo de los nuevos *delitos eclesiales* (herejía, apostasía, sortilegio⁶, adivinación⁷, invocación a los demonios, cisma⁸, sodomía⁹, mancebía¹⁰, sollicitación¹¹, superstición¹², etcétera).

A este efecto se utilizó —es obvio— el método ya conocido por la Organización inquisitorial: nueva-

⁶ Literalmente, es *adivinación de los hechiceros*. Figuradamente, *magia, hechicería, embrujo, seducción*.

⁷ Tomada en el sentido de *predecir el futuro* con ayuda del demonio.

⁸ Es la *separación entre los miembros de una religión o comunidad*. Se conoce como *Gran Cisma* o *Cisma de Occidente* a la escisión producida en el seno de la iglesia católica entre los años de 1378 y 1417. Es conocido como *Cisma de Oriente* la división de las iglesias romana y bizantina realizada por Miguel Cerulario en el año de 1054.

⁹ Es la *relación sexual entre personas del mismo sexo*.

¹⁰ Entendida como relación sexual estable sin que los convivientes estén casados. Hoy es una relación jurídicamente aceptada: concubinato.

¹¹ Es un delito propio de los confesores católicos: pedir favores amorosos a la persona que está confesándose. Según los *Anales de la Inquisición*, fue el delito que mayor número de condenas obtuvo en la Edad Media.

¹² Es la *desviación de la creencia religiosa fundada en el temor o la ignorancia*, que confiere carácter sagrado a ciertas cosas o circunstancias.

mente se procuró obtener la *confesión* y el *arrepentimiento* pues, a la postre, se buscaba la reconciliación del pecador con la Iglesia. Sólo que ahora se lograba por medio de la *tortura*, para ayudar al alma a arrancar el pecado de su seno¹³, y la condena por

¹³ Para que el lector advierta la entidad de lo que estoy relatando, el Concilio de Tarragona de 1242 dispuso que los *reconciliados* (es decir, los arrepentidos y perdonados), observasen las siguientes reglas: «Los herejes perfectos y los dogmatizantes, si quieren convertirse, serán reclusos en una cárcel para siempre, después de haber abjurado y ser absueltos. Los que dieron crédito a los errores de los herejes, hagan penitencia solemne de este modo: en el próximo día futuro de Todos los Santos, en el primer domingo de Adviento, en los del Nacimiento del Señor, Circuncisión, Epifanía, Santa María de Febrero, Santa María de Marzo, y todos los domingos de Cuaresma, concurren a la Catedral y asistan a la procesión en camisa, descalzos, con los brazos en cruz y sean azotados en dicha procesión por el Obispo o el Párroco, excepto en el día de Santa María de Febrero y en el Domingo de Ramos, para que se reconcilien en la Iglesia parroquial. Asimismo, en los Miércoles de Cenizas irán a la Catedral en camisa, descalzos, con los brazos en cruz, conforme a derecho y serán echados de la Iglesia para toda la Cuaresma durante la cual estarán así en las puertas y oirán desde allí los oficios. El día Jueves Santo estarán allí en la manera expresada, para que se reconcilien con la Iglesia, según los institutos canónicos, previniendo que esta penitencia del Miércoles de Ceniza, la de los Jueves Santos y la de estar fuera de la iglesia y en sus puertas durante los otros días de Cuaresma *durará, mientras vivieren, todos los años*. En los domingos de Cuaresma, vayan a la Iglesia y, hecha la reconciliación, salgan a las puertas hasta el Jueves Santo. Lleven siempre dos cruces en el pecho, de color distinto al de sus vestidos, de modo que puedan ser reconocidos por todos *como penitentes*. Y el abstenerse de entrar a la Iglesia en la Cuaresma no exceda de diez años. . . Asimismo, la penitencia de los *relapsos* —(los que *han vuelto a caer*)— pero sospe-

herejía se acompañaba con la orden de absoluta expropiación de los bienes del condenado.

Ahora si aparece un nuevo método de enjuiciamiento —por supuesto, penal— muy alejado en su estructura de aquél que la pacificación de los pueblos supo conquistar y que ya presenté con una *figura triangular* que siguió practicándose para todo lo que no fuera delito¹⁴.

Porque ese método era practicado por una organización conocida como *Inquisición*, pasó a la historia con el nombre de *sistema inquisitorio* (opuesto a *acusatorio*) o *inquisitivo* (opuesto a *dispositivo*). Y así se lo conoce hasta hoy.

chosos de herejía con *sospecha vehemente* será solemne en los días.... durando siete años las ceremonias de los días....». Tal encarnizamiento no volverá a verse en la humanidad hasta el apogeo del nazismo!

He marcado con letra cursiva las palabras *sospecha vehemente*, pues han vuelto a aparecer en el lenguaje posmodernista del Derecho Procesal. Recuerde el lector el tema relativo a las *medidas autosatisfactivas*. ¡Parece mentira la recurrencia de la historia!

¹⁴ La idea triangular ya aparece en la Ley X, Título IV, Partida III de Alfonso el Sabio, donde textualmente se lee: «Como el juzgador se debe guardar de no oír su pleito mismo, ni otro de que él hubiese sido abogado o personero pues Juez, e demandador, e demandado, *son tres personas que conviene que sean en todo pleito que se demande por juicio*. Y por eso decimos que ningún juzgador no puede, ni debe oír ni librar pleito sobre cosa suya, o que a él pertenezca, *porque no debe un hombre tener lugar de dos, así como de juez y demandador*».

Si bien se mira esta afirmación, parece claro que de ella sale la idea de que *no se puede ser juez y parte al mismo tiempo* pues, si así es y el acusador es el propio juez, solo Dios puede actuar como defensor para evitar una obvia condena!

Veamos ahora en qué consistía.

El propio pretendiente, convertido ahora en *acusador* de alguien (a quien seguiré llamando *resistente* para mantener la sinonimia de los vocablos utilizados) le imputaba la comisión de un delito.

Y esa imputación —he aquí la perversa novedad del sistema— *la hacía ante él mismo* como encargado de juzgarla oportunamente.

Por cierto, si el acusador era quien *afirmaba* (comenzando así con el desarrollo de la serie) resultaba elemental que sería el encargado de *probarla*.

Sólo que —otra vez— por sí y ante sí, para poder juzgar luego la imputación después de haberse convencido de la verdad de la propia imputación...

Por obvias razones, este método de enjuiciamiento no podía hacerse en público. De allí que las características propias del método eran:

- el juicio se hacía por escrito y en absoluto secreto¹⁵;
- el juez era la misma persona que el acusador y, por tanto, el que iniciaba los procedimientos, bien porque a él mismo se le ocurría (así su actividad comenzó a ser *oficiosa* o *propia de su oficio*) o porque admitía una denuncia nominada o anónima (ello quedó escondido en la idea del *accionar oficioso*);
- como el mismo acusador debía juzgar su propia acusación, a fin de no tener cargos de con-

¹⁵ ¿De dónde piensa el lector que deriva eso del «secreto del sumario»?

ciencia (que, a su turno, también debía confesar para no vivir en pecado) buscó denodadamente la prueba de sus afirmaciones, tratando por todos los medios que el resultado coincidiera con lo acaecido en el plano de la realidad social;

- para ello, comenzó entonces la búsqueda de *la verdad real*;
- y se creyó que sólo era factible encontrarla por medio de la *confesión*; de ahí que ella se convirtió de pronto y para siempre en la reina de las pruebas (la *probatio probatissima*);
- y para ayudar a lograrla, se instrumentó y reguló minuciosamente la tortura.

Como se ve, método radicalmente diferente al que imperó en la historia de la sociedad civilizada.

Si ahora debo presentar una figura que represente la verdadera estructura de este método de juzgamiento, volveré a utilizar la misma flecha que antes, sólo que dibujada tal como se puede ver seguidamente:

Figura 3

PRETENDIENTE = JUEZ



RESISTENTE

Si se analiza con detenimiento el contenido del dibujo, se advertirá que la idea de *opresión* aparece asaz clara: tanta es la desigualdad entre pretendiente y resistente, producto de hacer coincidir en una misma persona los papeles de acusador y juzgador, que la flecha se coloca ahora en forma vertical, representativa de la desigualdad existente entre la autoridad que ejerce el poder y el particular que lo sufre. De ahí que semeja a un clavo que intenta penetrar en el cuerpo del acusado!

Pues bien: con este sistema de procesamiento, se asentaron tribunales inquisitoriales (*Santo Oficio*) principalmente en Francia, Italia y España (desde donde llegaron a América)¹⁶.

A partir de los *delitos contra la fe* (herejías), la competencia del Santo Oficio fue ampliándose para abarcar no sólo a todos los *delitos contra la religión* (sacrilegios) sino también contra los *incumplimientos de los deberes clericales* (por ejemplo, celibato, sollicitación) y contra las *buenas costumbres* (por ejemplo, adulterio, sodomía).

Es importante señalar aquí que, aun cuando su juzgamiento se limitaba al orden canónico, la respectiva decisión tenía notable influencia en los jueces seculares.

Aunque no es mi intención hacer la historia de estos tribunales, cabe poner de resalto que tras

¹⁶ Note el lector que la Inquisición jamás logró entrar como institución a la Gran Bretaña, lo que explica ejemplarmente su propio y disímil método de procesamiento por todos conocido. Volveré luego sobre esta afirmación.

muchas vicisitudes, la *Inquisición medieval* señoreó en Castilla (desde 1480), llegando a actuar no como tribunal meramente eclesiástico sino como *tribunal civil* que sentenciaba por facultad dada al efecto por el propio Rey.

Esto es lo que se conoce con el nombre de

3.1.1.3. La *inquisición española*

Esta institución ha sido el centro de atención y de polémica durante los siglos posteriores por la inusual crueldad que utilizó en todo su accionar y ya no se duda de que fue una creación perversa fomentada desde el propio Trono para perseguir (y despojar) a no católicos (principalmente, judíos).

Y es que sobre fines del siglo XV, por necesidades financieras de los Reyes Católicos —que no podían o no querían pagar las deudas que habían contraído con la banca judía— se creó el *delito seglar*¹⁷ de *judaísmo*.

A raíz de él, se inició la feroz persecución de judíos que provocó la diáspora de Sefarad¹⁸, el enriquecimiento de las arcas reales y el de una de la Órdenes que continuó sin solución de continuidad con la tarea inquisitorial.

¹⁷ Nótese cómo lo que empezó siendo *pecado* pasó luego a ser *delito religioso* para terminar siendo *delito secular*... Ese iter coincide con el de la aparición de las tres *inquisiciones* descritas en el texto.

¹⁸ Nombre que en lengua *ladina* se da al país conocido como *España*.

La idea habrá rendido sus frutos pues se extendió con rapidez: ahora, para sojuzgar a judaizantes¹⁹, marranos²⁰, musulmanes, luteranos, calvinistas y protestantes²¹ en general, etcétera.

Y, repitiendo el método ya conocido y practicado con eficacia, se buscó otra vez la *verdad real* mediante la *confesión* del imputado con el obvio fin de lograr una condena que posibilitara la expropiación de bienes.

Sólo que la crueldad que mostró este sistema inquisitorio en el minucioso régimen de tortura que las *Instrucciones* de Fray Tomás de Torquemada²²

¹⁹ Es el que *judaiza* por abrazar la religión judía o practicar los ritos de la ley judaica.

²⁰ Antiguamente se denominaba *marrano* al converso que, en España, continuaba practicando en secreto las religiones judaica y musulmana.

²¹ *Protestante* es quien *protesta* y, particularmente, quien profesa el *protestantismo*. Las principales ramas del protestantismo, iniciado por Lutero en el siglo XVI, son: el *luteranismo*, que se encuentra principalmente en Alemania y en los países escandinavos; el *anglicanismo* (de Enrique VIII) en Inglaterra y el *calvinismo* (de Calvino) en Francia, Suiza, Holanda, Estados Unidos, etcétera. Muy en general, las iglesias protestantes difieren de la católica: 1) en materia de fe reconocen sólo la autoridad soberana de las Escrituras; 2) la salvación se obtiene sólo con la fe; 3) se acepta el libre examen e interpretación de las Escrituras por los propios fieles; 4) se aceptan sólo dos sacramentos: el bautismo y la comunión; 5) se rinde culto sólo a Dios y no a la Virgen, a los santos o a las reliquias; 6) no se acepta la confesión oral; 7) no se acepta el celibato sacerdotal. Con este contenido, comprenderá el lector el por qué de la Inquisición...

²² *Valladolid, 1420, †Ávila, 1498. Judío converso que renegó de su religión y de su raza, fue Domingo, confesor de los

regularon en función de la edad, sexo, condición, etcétera, del torturado, no ha tenido parangón en la historia de la humanidad.

Baste recordar aquí a los siniestros elementos conocidos como la *pera*, el *cepo*, la *cuna de Judas*, la *picota en tonel*, el *potro de tormentos* o la espantosa *dama de hierro* —por citar algunos de los más conocidos— para tener una idea cabal de la enorme y sádica crueldad imperante en ese tiempo.

Como puede colegirse, el método es siempre el mismo. Sólo que con el agregado de la feroz tortura a que eran sometidos los imputados²³, lo que provocó serio temor a eventuales represalias contra los juzgadores-torturadores de parte de los torturados.

Y fue así que, a las características descritas al explicar la *inquisición medieval*, se agregaron nuevas notas que hicieron más cruel el sistema.

Y es que, ahora, ¡el imputado no sabe *de qué se lo acusa*, ni *quién lo acusa*, ni *quiénes son los testigos de cargo*!

Parece claro que todo esto es propio del oscurantismo vigente en la época, ya que la tradición romana, contenida en el Código de Justiniano, procla-

Reyes Católicos a título honorífico. Inquisidor General de Castilla y de la Corona de Aragón. Promulgó sus conocidas *Instrucciones* en 1484 y fue el Director de la Organización Inquisitorial que le marco sus características perdurables durante siglos.

²³ El lector interesado en descubrir notable descripción novelada de lo que relato, puede acudir a la obra *La gesta del marrano* del escritor argentino Marcos Aguinis.

maba que la tortura siempre *es peligrosa, no confiable y engañosa en sus resultados*.

Pero, justo es decirlo y reconocerlo, la tortura es feroz y contundente elemento de sojuzgamiento.

De ahí su persistencia en el tiempo en todas las latitudes. ¡Hasta el día de hoy!

Por eso es que a nadie puede extrañar que las leyes procesales españolas comenzaran a legislar codificadamente en la época acerca de los *medios de prueba*, incorporando como tal a la confesión, que ya a la sazón exhibía más de seiscientos años de antigüedad y eficacia en el sistema de juzgamiento por entonces conocido.

Esta actuación no ocupó sólo el mapa de España sino que fue exportada a América, donde se instaló en Lima (desde 1570), en México (desde 1571) y en Cartagena de Indias (desde 1610).

Lo que es hoy territorio de la Argentina, Chile, Uruguay, Paraguay y Perú estaba comprendido dentro de la competencia del tribunal de Lima: por obvias razones de distancia, poco pudo actuar aquél en el Río de la Plata.

Sin embargo, fue abolida toda su autoridad en la Argentina por decreto de la Asamblea General Constituyente de 1813 (aunque legislativamente, la Inquisición rigió hasta mediados del siglo XIX).

No obstante tanta prosapia y antecedentes históricos, el Iluminismo del Siglo XVIII —con la influencia intelectual de Voltaire y Beccaria, entre otros grandes de la época— logró que la tortura y la confesión cayeran en desgracia entre los autores del derecho; y ello plasmó elocuentemente en el movi-

miento constitucionalista que se expandió vertiginosamente en el Siglo XIX.

Tan cierto es esto, que hoy —y desde finales del Siglo XX— se estudia a la confesión como un simple *medio de defensa* que apenas puede llegar a lograr *convicción* en el juzgador.

Para terminar el tema: todo lo que he relatado ha sido escondido prolijamente por la historia²⁴ durante muchos años.

²⁴ Hasta tal punto esto es cierto, que todavía se encuentran obras que insisten en mostrar sólo bondades de la Inquisición. Una clara muestra de ello —y no precisamente en libro— puede ser vista en el patio de ingreso al *Museo de la Inquisición* sito en Cartagena de Indias, donde —en grandes letras pintadas sobre el muro central— se puede leer algún intento final de justificación para el tribunal local. Se lee allí: «El sistema procesal de la *Inquisición* no era esencialmente distinto del empleado en los Tribunales ordinarios. Además de la doble calidad de acusadores y jueces, sus rasgos más destacados fueron: el uso de la tortura, la situación desventajosa del acusado para defenderse y el secreto procesal.

Las penas generalmente impuestas por la Inquisición consistían en multas, confiscación, destierro, flagelación, remo en guerra, vergüenza pública, prisión y muerte en la hoguera. Y no sólo se castigaba a los vivos, sino también a los muertos, en efigie. Aunque nunca ejecutó por sí misma ninguna sentencia de muerte, la Inquisición es responsable de haber enviado al último suplicio a muchos miles de víctimas, pero es imposible precisar su número a causa del carácter fragmentario de las informaciones que se poseen. No obstante, el Santo Oficio pretendió siempre ser el *más clemente de los Tribunales*, porque sostenía que su finalidad no era la vindicta, sino la reconciliación del delincuente y su perdón, mediante ciertas penitencias.

La reconciliación pública, o el castigo en su caso, tenían lugar durante pomposas ceremonias llamadas *actas* o *au-*

tos de fe, que atraían a las muchedumbres y eran una demostración visible no sólo de la unidad religiosa, sino de la unidad política del pueblo español. En Cartagena hubo varios de estos grandes autos, el primero de los cuales tuvo lugar en 1616.

La Inquisición causó grandes daños a la nación española, entre los cuales cumple señalar, como principales, el haber contribuido a la formación de la leyenda negra antihispánica, el empobrecimiento causado por la confiscación de las grandes fortunas, la sofocación del espíritu de creatividad y de investigación y, sobre todo, el culto a la *limpieza de sangre* que terminó creando en España un sistema de castas y apartó del servicio del Estado y de la comunidad a infinito número de personas útiles.

Empero, los apologistas de la inquisición arguyen a favor de ésta que ella no fue más cruel que la que funcionó en el resto de Europa y sin duda lo fue mucho menos en lo que respecta a la brujería: que el apogeo del pensamiento de la ciencia y de las artes españolas coincide precisamente con el de mayor poder inquisitorial y que por su celo y eficacia, España pudo mantenerse alejada de las cruentas guerras religiosas internas que asolaron a las otras naciones de la cristiandad europea durante el Renacimiento, lo que le permitió surgir en el escenario del mundo como una gran potencia internacional.

La imaginación popular ha exagerado, hasta falsarla, la imagen de Inquisidor ordinario, presentándolo siempre como un monstruo de maldad, sin excepciones. Hubo muchos inquisidores que abusaron de su poder, cometieron iniquidades e incluso se vieron envueltos en crímenes horrendos. Pero los historiadores imparciales están hoy de acuerdo en que, por lo general, *los inquisidores fueron en su mayoría, hombres prudentes, capacitados, de buena reputación, conciencia sana y amantes de la fe católica: como lo exigían los reglamentos y que creían estar cumpliendo una misión sagrada. Si los inquisidores fueron crueles, lo más probable es que ello se debiera más a un sentido del cumplimiento del deber que al desenfreno o la perversidad.*

El Tribunal de la Inquisición de Cartagena fue establecido en 1610: pero más que contra grandes herejías dogmáticas, el Santo Oficio cartagenero tuvo que luchar contra la brujería, la bigamia y la sollicitación. En ningún momento exten-

Sin embargo, hace ya tiempo que la Iglesia adoptó otra actitud, esta vez ejemplar: gracias a Su Santidad Juan Pablo II, aquella puso fin a ese ominoso pasado histórico al incorporar a la Bula denominada *Incarnationis Misterium*, de Convocatoria al Jubileo del Año Santo del 2000, lo que denominó *purificación de la memoria*.

Consiste ella en el reconocimiento expreso de las culpas del pasado: la tolerancia con el mal trato dado a los indios en la Conquista, a los esclavos durante todo el tiempo que duró el vil comercio, a las víctimas de la Inquisición²⁵, a las del nazismo, etcétera.

Como puede apreciarse, se trata de un fenomenal acto de coraje y de humildad plasmado en la aceptación de los errores realizados por cuantos han llevado y llevan el nombre de *cristianos* y en la sincera petición de perdón por los pecados cometidos en el pasado!

Veamos ahora qué ocurrió en la legislación española a consecuencia de todos estos hechos históricos.

dió su acción hasta la población indígena. Los tormentos utilizados en esta ciudad fueron el llamado *del cordel* y el *del jorro de agua*. Durante toda su historia, la Inquisición de Cartagena no condenó a la pena capital en la hoguera sino a cinco herejes. Con el advenimiento de las nuevas ideas de la Ilustración, la Inquisición fue decayendo hasta convertirse en un organismo simplemente burocrático.

Odiada sin embargo por las gentes, la Inquisición cartagenera fue suprimida a raíz de la revolución del 11 de noviembre de 1811 y esta casa saqueada por las turbas. Había durado 201 años.

²⁵ Entre las más incomprensibles y reprochables intolerancias que mostró durante siglos, figuran los insólitos juicios a Galileo Galilei, a Giordano Bruno y a Juana de Arco!

3.1.1 4. La legislación inquisitorial española

Particular atención debe prestar el lector a lo normado en las distintas leyes españolas que en rápida visión deseo mostrar.

Para comenzar, la *Ley de Partidas* —anterior a la Inquisición española— se concretó a señalar la importancia que para el juez tenía el *conocer la verdad* de lo que estaba a punto de sentenciar²⁶. Pero en modo alguno se apartó del paradigma de enjuiciamiento de la época: dos discutiendo ante un tercero imparcial²⁷... que duró largos siglos.

²⁶ Creo que la primera mención legislativa referida a la necesidad de hallar *la verdad*, estando ya entronizada en la Europa continental la Inquisición medieval, se encuentra en la Ley XI del *Fuero Real* de España: «Verdad es cosa que los juzgadores deben captar en los pleitos por sobre todas las otras cosas del mundo. Por ende, cuando las partes contienden sobre algún pleito de juicio, los juzgadores deben ser acuciosos en tratar de saber la verdad por cuantas maneras pudieren. Primero, por el conocimiento que de ella tengan el demandador y el demandado y luego por preguntas que los jueces hagan a las partes en razón de lo que ellas contienden. Y por juramentos (regulados con prolijo esmero). Y si con esto no se logra la verdad deben recibir los testigos que le presenten las partes...»

²⁷ En rigor, se respetó allí el ideal de *juzgador* que luego fue consagrado en la Ley III del *Fuero Real* de España: «...los jueces deben ser leales. Y de buena fama. Y sin mala codicia. Y con sabiduría, para juzgar derechamente los pleitos por su saber o por uso de largo tiempo. Y mansos. Y de buena palabra para todos quienes vinieren a juicio ante ellos. Y, sobre todo, que teman a Dios y a quien los pone. Que si a Dios temieren han de guardarse de pecado, tendrán piedad y harán justicia. Y si al Señor que los puso hubieren miedo, recelarán de hacer cosas malas cuando

Dije antes que todo esto servía sólo para el campo de los procedimientos seguidos a consecuencia de la comisión de delitos.

Pero con el correr del tiempo también se extendió a los pleitos de orden civil, no penal.

En efecto: el tema es que el método inquisitivo —y su correlativo: la prueba oficiosa— aparece por fin nítidamente en el artículo 65²⁸ de la *Instrucción* del Marqués de Gerona, dictada en el mes de mayo de 1854 para corregir los procedimientos legislados respecto de los asuntos civiles.

Poco tiempo después se promulgó la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1855 —de tanta trascendencia para nuestros países, ya que fue ley vigente en casi todo el continente— que, siguiendo los lineamientos de las *Instrucciones* reprodujo la idea ampliándola hasta límites insospechados, ya que detalló en su artículo 48²⁹ la actividad que se le

tienen que juzgar derecho...” ¡Cuán necesario resulta hoy volver al lejano pasado histórico en muchos países de nuestro continente!

²⁸ «Los tribunales y jueces podrán decretar para mejor proveer —(de allí viene el sintagma)— con citación de las partes, la práctica de cuantas diligencias estimen convenientes».

²⁹ «Los jueces y tribunales podrán, para mejor proveer: 1) decretar que se traiga a la vista cualquier documento que crean conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes; 2) exigir confesión judicial a cualquiera de los litigantes, sobre hechos que estimen de influencia en la cuestión y no resulten probados; 3) decretar la práctica de cualquier reconocimiento o avalúo que reputen necesarios; 4) traer a la vista cualesquiera autos que tengan relación con el pleito»

encomendaba al juez a título de *facultad*, no de *deber*³⁰.

Sin embargo, parece que no tuvo pacífica e inmediata aplicación, a tenor de la opinión de Caravantes³¹, que tanta influencia tuvo en la jurisprudencia española de ese siglo.

Esta tesisura se repitió en el artículo 340 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1881³².

³⁰ Ya se verá más adelante que la legislación argentina fue más lejos: convirtió en *deber* lo que originariamente era *facultad*. Es inútil: en materia de autoritarismo los argentinos somos desde siempre más papistas que el Papa...! No en vano una periodista italiana afirmó públicamente hace años que todos llevábamos dentro un enano fascista! ...Y hubo alguien que se quejó amargamente porque se nos subestimó en grado extremo al mencionar a un enano cuando, en realidad, se trata de un verdadero gigante!

³¹ Dice en su «*Tratado...*», ed. Madrid, 1856. T. II, pág. 455, # 733: «Sin embargo, la ley ha dejado a las partes en libertad de producir en juicio los medios de prueba que juzguen más convenientes entre los determinados por la ley; de suerte que el juez no puede obligarles a producir otras ni tampoco guiarse en sus providencias por más pruebas que las presentadas por las partes del juicio: *secundum allegata et probata iudex judicare debet* aun cuando *extrajudicialmente le conste la verdad de un hecho que aparece en los autos como falso o al contrario...*»

³² A su texto originario se le agregó (en 1984! la posibilidad de «examinar testigos sobre hechos de influencia en el pleito, siempre que su nombre constase en autos, aunque fuera por alusiones de las partes u otros intervinientes». Advierta otra vez el lector cómo el autoritarismo inquisitorial no es cosa tan lejana: hace menos de veinte años que la ley —copiando lo más granado de la Inquisición española— autorizo al juez de la península ibérica a citar como testigos a personas diferentes de las mencionadas por las partes, tomando así particular actualidad la remanida y per-

Afortunadamente, aunque tarde en orden a los postulados y garantías constitucionales vigentes en España, ha prevalecido la cordura: el artículo 435 de la ley N° 1 del año 2000, actual *Ley de Enjuiciamiento Civil*, ha cambiado el régimen de prueba oficiosa sosteniendo la doctrina que se erradicó por completo la posibilidad de practicar *medidas para mejor proveer o resolver* o, como las denomina la ley española, *diligencias finales de prueba*.

Pero si se lee con atención, la nueva norma practica puro *gatopardismo*³³.

Veamos. Dice la norma:

«Artículo 435. *Diligencias finales. Procedencia.*

1) Sólo a instancia de parte podrá el tribunal acordar, mediante auto, como diligencias finales, la práctica de actuaciones de prueba, conforme a las siguientes reglas³⁴:

1) no se practicarán como diligencias finales las pruebas que hubieran podido proponerse en tiempo y forma por las partes, incluidas las que hubieran podido proponerse tras la manifestación del tribunal a que se refiere el apartado 1 del artículo 429³⁵;

versa pregunta *de público y notorio* que todavía los abogados litigantes incluyen absurdamente al final de sus pliegos de interrogatorios para testigos a fin de dar pie a los impetus inquisitoriales de algún juez de turno...

³³ La palabra se utiliza con el significado de que se simula un cambio para que, en el fondo, nada cambie. Se forma sustantivando la actividad que se cumple en la trama de la novela histórica *Il gatopardo* de Giuseppe Tomasi de Lampedusa.

³⁴ Más allá de la horrorosa y castizamente inexplicable redacción de la norma, puede colegirse que lo que se prohíbe es la prueba originalmente introducida por el propio juez.

³⁵ De la lectura lineal de la norma se desprendería la erradicación de la prueba oficiosa en cuanto a suplir la inactivi-

2) cuando, por causas ajenas a la parte que la hubiese propuesto, no se hubiese practicado alguna de las pruebas admitidas;

3) también se admitirán y practicarán las pruebas pertinentes y útiles, que se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia, previstos en el art. 286.

II) Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos.

En este caso, en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de expresarse detalladamente aquellas circunstancias y motivos».

A su turno, el artículo 429 dice textualmente en su parte pertinente:

«... Si no hubiese acuerdo de las partes para finalizar el litigio ni existiera conformidad sobre los hechos, la audiencia proseguirá para la proposición de la prueba.

Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria³⁶. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, citándose a los elementos probatorios cuya existen-

dad confirmatoria de los propios interesados. Pero ya se verá que no es así cuando se lea más adelante el texto del artículo 429.

³⁶ En buen romance —por cierto que no utilizado en la redacción de la norma— esto se denomina *prejuzgamiento* con letras mayúsculas, luces titilantes y fuegos artificiales!

cia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere convenientes...»³⁷.

Como se ve, España sigue legislando a contrape-lo de las garantías constitucionales, entendiendo que la misión de hacer justicia a todo trance —que se le encomienda al juez— puede arrasarse con la imprescindible imparcialidad del juzgador para que exista de verdad un *debido proceso*.

El tema, desde la óptica de la *verdad*, será tratado en próximo Capítulo.

3.1.1.5. Las primeras leyes inquisitoriales argentinas

En la Argentina ha pasado y pasa cosa similar a la acaecida en España, pues no en vano hemos heredado de allí nuestra legislación.

Veamos: congruente con lo que ocurría en la Madre Patria, en el año de 1863 se dictó la Ley n° 50 (de procedimiento federal) que en su artículo 102³⁸ mejoró notablemente el autoritarismo de su antecedente inmediato³⁹.

³⁷ Se advierte aquí el gatopardismo señalado antes en el texto?

³⁸ «Si las partes no pidieren las diligencias de prueba, el juez podrá ordenar de oficio: 1) que los litigantes, o uno de ellos, juren posiciones; 2) que se practique reconocimiento de peritos, inspección ocular y cotejo de documentos; 3) cualquier otra diligencia probatoria que sea conducente al descubrimiento de la verdad».

³⁹ Si bien se lee, parece claro que en la ley española el juez podía ordenar la prueba ofrecida y no producida. La ley argentina, en cambio, permite ordenar prueba no ofrecida...

El *Código Procesal* de la Provincia de Santa Fe que comenzó a regir el 1 de enero de 1888 —y duró hasta el año de 1940— repitió la escena en su artículo 354⁴⁰.

Por ahora es suficiente el recuerdo histórico acerca de la legislación del siglo XIX, porque cosa similar ocurrió en todas las provincias (al igual que en toda América).

A este efecto he recordado dos leyes importantes separadas por más de veinte años en el tiempo y con vigencia en lugares diferentes.

Pero quiero señalar algo de importancia: a raíz de todo ello, el jurista hispano ha mamado durante cerca de ¡setecientos años! la influencia de una filosofía inquisitorial contenida en cadena de leyes que ha sido defendida encendidamente desde la doctrina y la jurisprudencia de todo ese tiempo.

Y así, no sólo se acostumbró a ella sino que, además, creyó por influencia ajena que si eso no era lo óptimo, al menos era muy bueno para los sistemas de justicia⁴¹.

⁴⁰ «Los jueces podrán para mejor proveer: 1) decretar que se traiga a la vista cualquier documento que crean necesario para esclarecer el derecho de los litigantes (lo cual no es exactamente lo mismo que esclarecer la verdad de los hechos...); 2) exigir confesión judicial a las partes sobre hechos que estimen de influencia en la cuestión; 3) ordenar inspecciones oculares, reconocimientos, avalúos u otras diligencias periciales que reputen necesarias; 4) ordenar que se practique cualquiera otra diligencia que estimen conducentes y que no sea prohibida por derecho».

⁴¹ Nótese que en todos los casos *se privilegia la meta por sobre el método* o, en otras palabras, se legisla acorde con el

Y aunque esto no justifica la doctrina, permite al menos comprender el por qué de tanta insistencia con ella y su plácida y despreocupada aceptación hasta el día de hoy.

Después de estos antecedentes, que descarto no han sido inútiles, ya es hora de encarar el tema principal en estudio.

3.2. La descripción del sistema inquisitivo

Es un método de enjuiciamiento unilateral mediante el cual la propia autoridad —actuando como pretendiente— se coloca en el papel de investigador, de acusador y de juzgador.

De tal modo, y conforme a lo que ya se ha visto al recordar cómo se amplió paulatinamente el método

descarado consejo de Maquiavelo acerca de que *el fin justifica los medios*. Si bien se piensa, ¡cuánto horror se hubiera ahorrado la humanidad si Hitler no hubiese pensado igual que el legislador argentino...!

Pero siempre es la misma falacia en homenaje a valores superiores, cual la verdad y la justicia!

En otro orden de cosas, por ejemplo, se emplea el mismo sistema: para erradicar la recusación incausada de una ley en particular —pues ello molesta a muchos juzgadores, que no a todos— el legislador autoritario de los últimos tiempos afirma que dicha institución posibilita un indebido alongamiento procedimental, que debe ser desterrado. Pero todos quienes así opinan se abstienen de recordar que la recusación es un medio legítimo para atacar la incompetencia subjetiva del juez y lograr a la postre la imparcialidad de otro juez cuando la causal esgrimible no puede decirse. Y así, en vez de sancionar al mal litigante, se erradica la recusación para que nadie —ni buenos ni malos— pueda ejercitarla.

con el correr de los siglos, puede decirse que sus características son:

- el *propio juez* comienza, oficiosamente o por denuncia, las actuaciones del caso y se preocupa por hacer adelantar el juicio mediante el puntual ejercicio del impulso procesal;
- el *mismo juez* se encarga de investigar y buscar las pruebas que le puedan resultar aceptables para lograr el convencimiento de la rectitud de su acusación y, así, poder dormir en paz sin sufrir el peso de un cargo de conciencia por eventuales injusticias cometidas (cuando hay parte interesada también en la producción de alguna prueba, la actividad se cumple igual mediante el ejercicio de las denominadas *medidas para mejor proveer*);
- el *mismo juez* —que primero *investigó*, luego *imputó* y después *probó* la imputación— es quien ahora *juzga*;
- ya no interesa que el juicio sea escrito u oral, secreto o público. En rigor, el sistema pasa por el papel preponderante que el juez ejerce durante todo el proceso, para poder cumplir el compromiso que —se le ha enseñado— tiene con la Verdad y la Justicia (luego me ocuparé con detenimiento sobre estos temas, demostrando su falacia).

Hasta aquí, lo que surge evidente de la simple visión del método descrito.

Pero como éste se presenta perverso y claramente disvalioso para cualquier estudioso que encare el tema, ha sido menester disfrazarlo con palabras que tapen u oscurezcan el horror.

Y eso se ha hecho en las leyes que regularon la materia durante los siglos XVI, XVII, XVIII, XIX y XX y en toda la doctrina que la glosó.

3.2.1. *Aplicación del método inquisitivo en las legislaciones de los siglos XVIII, XIX y XX*

Cuadra ahora que me ocupe de alguna historia más reciente, para mostrar la utilización de este sistema como método de enjuiciamiento —tanto civil como penal— por parte de los grandes totalitarismos que ha sufrido la humanidad en los últimos siglos y que lo han empleado como claro *medio de opresión*, no como *bastión de libertad* cual lo postuló en esta obra.

3.2.1.1. *El Reglamento Josefino de 1781*

Dictado por José II⁴² en Viena, es considerado como el primer código procesal moderno y como extraordinario monumento al absolutismo y despotismo ilustrado del siglo XVIII.

Esta fue la normativa que —reivindicando el método propio del siglo XV— instaló en la época un proceso escrito y secreto, subordinando toda demanda a la expresa autorización del juez y dándole a él la función probatoria y la absoluta disposición del impulso procesal.

⁴² *Viena, 1741, †Viena, 1790. Fue Emperador Germánico y Corregente de los Estados de los Habsburgos.

Siendo así el juez un verdadero *señor y amo del juicio*, el método se presenta a nuestros ojos como ejemplarmente autoritario y castrador de libertades.

Habiéndose quedado corto en su texto inicial, el *Reglamento* sufrió importante modificación mediante *Edicto* de febrero de 1786, gracias al cual el Emperador se quedó con el control de los jueces y, por ende, de todos los procesos, mediante la imposición de un sistema de *inspecciones* a los tribunales del país que ponían en conocimiento del Emperador todo lo que acontecía en cada lugar.

A tal punto habrán funcionado con eficacia esas inspecciones que la doctrina que glosa el problema está conteste en el enorme temor que sufrían los jueces que las recibían.

Así, un nuevo método vino a suplantar al que regía en todas las sociedades desde hacía siglos: dos discutiendo con razonable igualdad ante un tercero imparcial.

3.2.1.2. La *Ordenanza austríaca* de 1895

Finalizando el siglo XIX, Franz Klein era *Guardasellos*⁴³ de Francisco José I⁴⁴ y, en tal carácter, impuso desde la misma Viena del *Reglamento Josefino* la *Ordenanza* que comienzo a comentar.

⁴³ Hoy, Ministro de Justicia

⁴⁴ *Schonbrunn, 1830. †Viena, 1916, fue Emperador de Austria (1848-1916) y Rey de Hungría (1867-1916).

Había transcurrido ya más de un siglo de vigencia del *Reglamento* y para el Emperador —con el afirmado objeto de lograr una férrea unidad nacional— se hizo imperioso enfrentar a las minorías del país y a las fuerzas liberales que socavaban la autoridad imperial. Para eso decidió endurecer aún más el control sobre las masas, primero con el ejército y, luego, con los jueces.

Prestigioso autor italiano contemporáneo sostiene que las ideas de Klein en ese entonces giraban en torno a los males que se adjudicaban al proceso de la época: se decía que era un absurdo mal que conllevaba enorme pérdida de tiempo, inútil dispendio de dinero, infructuosa indisponibilidad de los bienes litigiosos y fomento de iras y pasiones encontradas entre los propios litigantes.

Para paliar ello, había que lograr un proceso con muy rápida, simple y poco costosa definición, tramitado en lo posible oralmente en única audiencia⁴⁵.

A este efecto, era menester quitar a los interesados —las partes— la responsabilidad de que el método funcionara y, así, el propio Estado comenzó a ser el único o principal encargado del impulso procesal.

Así, el juez dejó de juzgar el litigio y comenzó a dirigir el proceso como *capitán de barco* o *director del debate*⁴⁶, en su calidad de representante profesional del *bien común*.

⁴⁵ Por supuesto, jamás se logró la eficacia anhelada.

⁴⁶ De tal forma, se dice fulazmente que dejó de ser *espectador* sin reparar quien esto todavía afirma que *los espectadores*

En rigor de verdad, no se trataba entonces de erigir al juez en el director del proceso con los pocos poderes necesarios al efecto⁴⁷ sino de autorizarlos desde la propia ley para que hicieran todo aquello que considerasen menester⁴⁸ en la oportunidad en que así lo decidieran.

De tal forma, por una simple ley que cambió autoritariamente el mundo conocido —a voluntad de un solitario legislador— el proceso pasó, de ser *un método pacífico de debate entre particulares*, a ser *un instituto de derecho público en el cual estaba involucrado algo más importante que el interés de las partes: los más altos valores sociales* aun con desmedro de la libertad individual en aras del beneficio del Estado⁴⁹.

miran el espectáculo y no participan de él. Por ello, tampoco advierten que ese espectador es, precisamente, quien juzga el litigio... ¡De donde resulta que no es tan espectador!

Por lo demás, el juez, espectador o no, es la persona que *más respeto y temor genera a partes y abogados* intervinientes en un proceso. Desde siempre. Y hasta hoy.

- ¹⁷ El verdadero poder de los jueces no está en la dirección del proceso (es más: podrían no dirigirlo y, en su lugar, hacerlo otro funcionario). El poder real, verdadero —y esto es lo que importa— está en la *sentencia* y, por ello, en la *elección de los hechos a juzgar* y en la posterior *elección de la norma que se aplicará a esos hechos* para solucionar el litigio.

- ⁴⁸ Quienes glosan el tema sostienen que en un método así no puede moverse una sola foja sin el previo permiso del juez...

- ⁴⁹ En rigor, Klein miraba al proceso como un fenómeno social de masas y, por tanto, debía ser regulado como un *instituto de bienestar*. De tal forma parece claro que él no veía el proceso —al igual que lo hacemos hoy— como un método pacífico de debate dialéctico celebrado entre dos antago-

Con el método así concebido se esperaba generar un nuevo proceso en el cual jueces, abogados y partes colaboraran solidaria y activamente en la búsqueda de la verdad y en la formación de una decisión justa⁵⁰.

Como era de esperar, tan abrupto e inesperado cambio de las reglas de juego entonces imperantes, no fue aceptado pacíficamente por los abogados que lo sufrirían en lo inmediato pues, a la postre, el controlado juez podía neutralizar a los letrados sujetos a su propio control⁵¹.

nistas en igualdad ante un juez imparcial, sino como un simple procedimiento administrativo con el cual se tutelan los intereses individuales y sociales.

⁵⁰ La frase se repite despreocupadamente hasta el día de hoy por autores que, a no dudar, están pletóricos de buenas intenciones pero que desconocen la realidad social del litigio, que es *guerra*. Sin armas. Pero guerra al fin y no alegre paseo por el parque de ambos contendientes tomados de la mano...! Por eso es que altera el sentido común llamar *justa* a una *guerra*...

Cuando un acreedor presenta al juez su demanda, no lo hace en acto de alocada aventura sino meditadamente, lleno de incertidumbres, temores, gastos y expectativas, luego de haber hecho lo imposible para lograr un acuerdo con el deudor. De tal modo, sólo porque no tiene otro camino para recorrer, elige la última alternativa que le ofrece la civilidad: el proceso. ¿Cómo pretender ahora que estos dos antagonistas —que ya se odian por haber hablado y discutido hasta el cansancio del tema que los aqueja— salgan a buscar como buenos amigos, del brazo y solidariamente, la verdad de lo acontecido y una decisión justa? ¿Justa para quién? ¿Para el desesperado y cuasi exánime acreedor o para el deudor impenitente?

⁵¹ Los abogados, denostados desde siempre y considerados como los únicos responsables de todos los males del proce-

Ese alzamiento generó una larga *vacatio legis* —hasta el 1 de enero de 1898, fecha en la cual comenzó a regir en el Imperio— que fue utilizada por Klein —al decir de importante jurista italiano— para «amansar a los abogados de Viena que en 1897 amenazaron con una revolución con el fin de impedir la implementación del nuevo procedimiento» y «a fin de preparar adecuadamente a los jueces para que actuaran con *mano dura*».

Por cierto, todo terminó con la entrada en vigencia de la ley —hasta hoy— y, así, se entronizó la figura del *juez director* (que, en verdad encubría a un auténtico *dictador*⁵²) que podía hacer lo que quería al tramitar un proceso en aras de buscar la *verdad real* para lograr *hacer justicia en el caso concreto* pero, en esencia, comprometido con los fines políticos del régimen que representaba, a la luz de cuyos principios actuaba e interpretaba los hechos y juzgaba las conductas.

Quiero creer que el método habrá resultado eficaz en el control buscado pues pronto fue paradigma legislativo.

En breve se verá que la historia se repitió exactamente en diversos lugares de Europa....

Para comenzar, fue la ley que inspiró la redacción de

so son, sin embargo, esenciales para lograr el adecuado funcionamiento de un sistema fundado en la ley y en el respeto a esa ley.

⁵² Quienes hablan de él no definen en qué consiste el ser *dictador* y en qué se diferencia éste de un verdadero *director*...

3.2.1.3. La *Ordenanza alemana* de 1937

Si bien se mira su articulado, resulta copia del texto austriaco en este tema y, a no dudar, no fue casual ni inocente su elección. En ese año gobernaba Alemania Adolfo Hitler⁵³, que de republicano tenía poco, y que repitió, en los hechos, similar persecución racial a la de los Reyes Católicos, pero superándolos largamente pues ahora terminó en genocidio de seis millones de personas!

Esto no es secreto para nadie que haya leído un poco de historia: el dominio político del *nacional-socialismo* terminó con la idea de Estado de Derecho sin necesidad de abolir todo el sistema imperante antes de su arribo al poder.

Baste citar acá —como ejemplo de lo que digo y sin necesidad de mencionar puntualmente alguna norma procesal en particular— la notable influencia del *partido nazi* en la organización judicial; la creación de tribunales con competencia y procedimientos especiales originados para juzgar ciertas causas políticas; la proclamación del Führer como *Gran Señor Superior de la Justicia*; la abolición de la independencia de los jueces mediante el retiro de su inamovilidad, o su separación por causas políticas o su retiro por razones raciales; la supresión de la prohibición de la *reformatio in pejus*; la supresión de los escabinos; la abolición de la cosa juzgada; la posibilidad de los jueces de descartar cualquier medio de prueba ofrecido por las partes según los parámetros de su propia libre apreciación

⁵³ *Braunau, Alta Austria, 1889, †Berlín, 1945.

con la mera mención de considerarla innecesaria para la solución del litigio, etcétera, etcétera.

¿Hace falta decir algo más sobre este ordenamiento para convencer al lector de su ideología totalitaria?

Por eso es que ambos cuerpos legales —el austriaco y el alemán— resultaron ser inspiradores de la magna obra legislativa contenida en

3.2.1.4. El *Código italiano* de 1940

Gobernaba a la sazón Italia el *Duce* Benito Mussolini⁵⁴, líder del movimiento fascista⁵⁵ y amigo y socio de Hitler en la integración del *Eje*⁵⁶ que terminó perdiendo la hasta ahora última gran guerra mundial.

Su Ministro de Justicia, Dino Grandi, proyectó una reforma integral al procedimiento civil del país y, para eso —obvio— se inspiró en los tres ordenamientos recién citados y vigentes en los países vecinos comandados por el propio Hitler.

Al firmar con su nombre la *Exposición de Motivos* del *Proyecto*, ésta se conoce desde entonces como

⁵⁴ *Dovia de Predappio, Forlì, 1883, †Giuliano di Mezzegra, Como, 1945.

⁵⁵ La palabra *fascista* proviene de la tradición romana: los magistrados eran siempre acompañados por los *lictors* (ayudantes) que portaban *fascies*: insignia que consistía en un haz de varas sosteniendo en el centro un hacha, como signo de poder. Parecido fue el símbolo del fascismo.

⁵⁶ Integrado por Alemania, Italia y Japón, perdedores de la guerra y hoy grandes potencias mundiales.

la *Relación Grandi*. Allí se encuentran las ideas fundamentales plasmadas en la ley y creo menester copiarla seguidamente en sus partes pertinentes para que el lector tome cabal conciencia del origen más cercano de nuestra legislación actual.

Por supuesto, de aquí en más se verá una exacta repetición de lo que vengo relatando desde muchas páginas atrás...

«1. *Posición y evolución del problema de la reforma.*

... Sobre todo, el código encuentra su razón histórica en el renovado *sistema de las relaciones entre el individuo y el Estado*, del cual el proceso es una expresión particularmente característica, y tiene en la transformada conciencia jurídica y política de la Nación el fundamento y la garantía de la recta aplicación de sus reformas.

...en el Estado fascista el proceso no representa sólo un choque de intereses, sino que es instrumento de fecundo *avenimiento de los mismos*⁵⁷, el cual no pretende únicamente asegurar un sistema ordenado de vida social, *inspirado en las finalidades supremas del Estado*, sino también garantizar a través de la aplicación de las normas jurídicas que regulan la vida de la Nación la realización de los supremos intereses de ésta en las relaciones privadas.

Y constituye, sobre todo, *un instrumento tendiente a alcanzar ese fin que la palabra del Jefe de Gobierno señaló como meta de la revolución fascista: una más alta justicia social*⁵⁸.

II.8. El Juez y la Ley.

«....Se ha establecido, como uno de los puntos fundamentales de la reforma procesal, *el acrecimiento de las facultades del juez*; con ello quiere aludirse, como se dirá dentro de poco, a las *facultades de dirección del proceso e investigación de la verdad de los hechos*; en cuanto a la

⁵⁷ ¿Acaso no es ésta la misma exacta concepción de Klein?

⁵⁸ ¿Puede decirse que este Código está desvinculado de los intereses del Partido Fascista?

aplicación del derecho «*in iudicando*» la función del juez debe estar sometida, por regla, a la observancia fiel e inteligente de la ley.

....En el Estado fascista el aumento de la autoridad del juez no puede significar que se le otorguen facultades creadoras de derecho⁵⁹; hubiera sido inútil levantar el grande edificio de la codificación, que encierra en cada uno de sus artículos el carácter de una consciente y unitaria voluntad renovadora, si luego se hubiese conferido al juez *la facultad de sobreponer en cada caso, su variable albedrío a la voluntad expresa de la ley*.

El Estado autoritario rechaza con energía las tendencias que periódicamente reaparecen durante las crisis de la legalidad, en cuya virtud se exalta al juez para deprimir al legislador; estas tendencias constituyen un debilitamiento de los poderes centrales del Estado y un quebranto de la unidad del derecho, debiendo rechazarse en un Estado que sea el custodio celoso de su unidad y de su soberanía.

... Si en los periodos de transición, cuando está formalmente en vigor el antiguo derecho superado por los tiempos, puede ser útil otorgar al juez facultades generales para *juzgar según equidad*, permitiéndole así abrir el camino del nuevo derecho en formación entre las grietas de las antiguas leyes, *esta amplitud de facultades no es concebible en un juez llamado a aplicar una legislación joven*, que refleja en cada artículo los nuevos tiempos; en este clima histórico se requiere solamente que el juez sea el continuador sensible y fiel de las disposiciones directivas consagradas en la ley y *no se admite la idea de poder pasar del sistema de la legalidad, según el cual el derecho se exterioriza en disposiciones generales y abstractas que el juez debe aplicar a los casos concretos, a la justicia patriarcal del caso particular, retrocediendo milenios*⁶⁰.

En todos estos supuestos, la ventaja que ofrece el nuevo código para la conciliación o decisión según equi-

⁵⁹ Igual que lo ocurrido en Austria.

⁶⁰ Con lo cual se quita al juez todo poder de iniciativa y de creación del derecho. La idea no es originaria: proviene de Napoleón....

dad, no debe considerarse como una muestra de desconfianza en la legalidad y un síntoma de tendencia acomodaticia para desvalorizar la lucha por el derecho en beneficio de las soluciones de transacción.

En muchas oportunidades puede bastar «*in limine litis*» la palabra sabia o influyente del juez para que las partes entiendan cómo, sin recurrir a la lucha judicial, tienen en el acuerdo amistoso el instrumento para dirimir su litigio con beneficio recíproco.

12. Fortalecimiento de los poderes del juez para la dirección del proceso.

.... El Juez, dije el 16 de octubre de 1939 ante la Comisión de las Cámaras legislativas, es el *órgano a quien el Estado encomienda la función esencial de aplicar la ley mediante el procedimiento*.

En el fondo de la cuestión se halla el renovado concepto de *dignidad y autoridad del Estado* y de sus *órganos*, en cuya virtud *no podría admitirse que el Juez asista como espectador impasible y a veces impotente, como si fuera un árbitro en un campo de gimnasia que se limita a marcar los puntos y controlar que sean respetadas las reglas del juego*, de una lucha que compromete directamente la más celosa y alta función y responsabilidad del Estado. *Es necesario por lo tanto que el Juez tenga una dirección determinada del proceso, una posición prominente y reguladora*⁶¹.

.... La primera clase de consideraciones conduce a esta conclusión: que también en el proceso civil *el Juez debe tener a su alcance, en todos los casos, los poderes indispensables para administrar la justicia de manera activa, rápida y proficua. Aun si la controversia atañe a relaciones de derechos privados, que las partes hubieran podido disponer libremente prescindiendo del proceso, ello no quiere significar que el proceso, una vez iniciado, deba considerarse como asunto privado, cuyos destinos pueden dejarse librados al interés individual de los litigantes*⁶².

⁶¹ Otra vez el pensamiento de Klein.

⁶² ¿No es esto una locura en los términos de la cultura jurídica actual?

.... También en los juicios sobre temas de derecho privado entra en juego, al requerirse la intervención del Juez, *ese interés eminentemente público que es la justa y solícita aplicación de la ley al caso concreto; no debe entonces permitirse que los particulares invoquen la justicia y la utilicen para fines contrastantes con la misma, y tampoco que abrumen a los tribunales con sus fintas dilatorias que el Juez ha de presenciar inerte hasta tanto así lo quieran los litigantes*. Aun si la relación debatida es de puro derecho privado, el Juez ha de estar proveído de los poderes de orden y de disciplina indispensables para que el proceso no se paralice y no se desvíe; debe ser su director y el propulsor vigilante, solícito y sagaz. Las partes son libres de fijar el «*thema decidendum*», pero corresponde al Juez regular los medios y el ritmo para decidir rápidamente y bien la cuestión planteada.

13. El principio dispositivo, proyección en el proceso del derecho subjetivo.

.... Conferir al Juez el poder de promover de oficio un litigio que los interesados quisieran evitar, permitirle juzgar sobre hechos que las partes no han traído a colación, significaría substraer en el campo procesal aquella autonomía individual que en campo sustancial es reconocida por el derecho vigente.

Con ello no se pretende excluir —bien se entiende— el particular interés de los litigantes, así lo exija el interés público: se quiere decir solamente que *dichas limitaciones ha de establecerlas explícitamente el derecho sustancial, y no deben introducirse por conducto indirecto a través del proceso, empleando un recurso que repugnaría a la limpiada y valiente técnica en que se ha inspirado la legislación italiana*.

.... Aquí también, al adoptar el sistema inquisitorial, el nuevo Código se ha preocupado en reglamentarlo de manera tal que no sufra menoscabo la virtud más valiosa del Juez, es decir la *imparcialidad*, que debe existir en todos los procesos, aun en aquellos sobre cuestiones que atañen al orden público.

El concepto tradicional que presenta al Juez como institucionalmente inerte y desprovisto de cualquier facultad de iniciativa, *tiene tal vez su parte de cordura* (¿?), pues muy a menudo el peticionar es psicológicamente

incompatible con el juzgar, y el aumento desmedido de los poderes de iniciativa del juzgador puede inducirle a tomar posiciones antes de haber juzgado, trocándose de Juez sereno en defensor apasionado de una tesis elegida con anticipación.

29. El sistema de las pruebas.

...No obstante esto, aun conservando el sistema tradicional en sus grandes rasgos, *se ha ampliado notablemente el ámbito de la averiguación de la verdad por impulso de oficio*⁶³ y se han reforzado los recursos para que la misma sea provechosa: ello acontece no sólo en los procedimientos de carácter inquisitorial donde la facultad de solicitar pruebas conferidas al ministerio público interviniente ha desvinculado la indagación probatoria de la iniciativa particular cuando el interés público así lo requiere, sino también en el procedimiento ordinario con carácter dispositivo, donde el Juez ha sido liberado de la situación de inercia forzada que bajo el imperio de la antigua ley lo obligaba muchas veces a cerrar los ojos ante la verdad.

Este acrecentamiento de los poderes probatorios del Juez es visible en numerosas disposiciones:

- en las que les permiten servirse del auxilio del consultor técnico con mayor facilidad, amplitud y continuidad de como podía hacerlo con la pericia escrita del antiguo Código (art. 191 y siguientes);
- en las que lo facultan a ordenar la *inspección de personas*⁶⁴ y de cosas (art. 118)
- y la exhibición en juicio de estas últimas (art. 210);
- en las que lo autorizan a disponer reproducciones mecánicas o experimentos (art. 258 y siguientes)
- y recabar informes de la administración pública (art. 213);
- y sobre todo en una fundamental (art. 117), que le da la facultad de ordenar el comparendo personal de las partes en cualquier estado y grado del proceso.

⁶³ Esto pertenece a lo más característico del método inquisitorio.

⁶⁴ Atención: podían ser terceros ajenos al pleito....

Creo más que suficiente lo hasta aquí transcrito para dar por demostrada mi afirmación acerca del corte inquisitorial de todas las leyes mencionadas y pertenecientes a totalitarismos de derecha.

Me ocuparé ahora de otro código dejado a propósito para el final, no sólo porque es posterior al italiano sino porque pertenece además a un totalitarismo de izquierda, cual es la ley soviética.

3.2.1.5. La *Ley de Procedimiento Civil* soviética de 1979

Esta ley, aprobada el 9 de octubre de 1979 por el *Presidium del Soviet Supremo de la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas*, con texto claramente inspirado en todas las normativas antes mencionadas, endiosa nuevamente al sistema inquisitorio y lo mejora según las conveniencias del partido gobernante.

Veamos algunas de sus normas, que transcribiré puntualmente:

«Art. 2. *Fines el procedimiento judicial civil.*

Los fines del procedimiento judicial civil soviético estriban en *investigar y resolver justa y rápidamente los asuntos civiles al objeto de salvaguardar el regimen social de la URSS, el sistema económico socialista y la propiedad socialista...*

...El procedimiento debe coadyuvar al fortalecimiento de la legalidad socialista, a la prevención de las infracciones, a la ley y a la educación de los ciudadanos en el espíritu del estricto cumplimiento de las leyes soviéticas y de respeto a las reglas de convivencia socialista».

Para lograr estas finalidades, el art. 16 dispone:

«El Tribunal está obligado, *sin limitarse a los datos y alegaciones presentados, a adoptar todas las medidas*

señaladas por la ley para esclarecer del modo más completo, multilateral y objetivo las circunstancias reales del pleito y los derechos y alegaciones de las partes.

El Tribunal debe explicar a las partes sus derechos y obligaciones, prevenirles de los efectos de la comisión u omisión de actos procesales y *ayudarles en el ejercicio de sus derechos*⁶⁵.

Y el art. 18: *Obligatoriedad de la prueba:*

«Cada parte debe probar las circunstancias que alega como fundamento de sus presentaciones y objeciones.

Las pruebas son presentadas por las partes y otras personas que concurren al pleito.

Si las pruebas son insuficientes, el Tribunal propone a las partes y a las otras personas que concurren al pleito que aduzcan prueba complementaria, o las reúne por iniciativa propia».

Y el art. 19. *Valoración de la prueba:*

«El Tribunal valora las pruebas ateniéndose a su *convicción íntima*, fundada en el examen multilateral, completo y objetivo durante la celebración del juicio, de todas las circunstancias del pleito en su conjunto, rigiéndose por la ley y *por la conciencia jurídica socialista*.

Ninguna prueba tiene para el Tribunal un vigor establecido de antemano».

Y el art. 36. *Participación de organizaciones sociales:*

«Los representantes de organizaciones sociales y colectividades laborales *que no son partes en el pleito*, pueden ser autorizados, por decisión del Tribunal, a participar en la vista *para exponer al mismo la opinión de las organizaciones o colectividades representadas por ellos sobre el pleito que examina el Tribunal*».

⁶⁵ ¡Esto no tiene desperdicio!

Como se ve, todos los totalitarismos coinciden: tanto los de derecha como los de izquierda mantienen idénticos objetivos —razón de Estado median— para lo cual utilizan similares métodos procedimentales:

1) aumentan los poderes de dirección de los jueces y sus facultades probatorias para llegar a la verdad y

2) retacean sus facultades decisorias, exigiendo al juez un irrestricto apego a la ley vigente y prohibiéndoles terminantemente toda creación de derecho.

Antes de ver cuál ha sido la enorme influencia de todas estas leyes en la legislación contemporánea, creo conveniente detenerme en la doctrina de los autores italianos y alemanes.

2.2. *El entusiasmo de los autores italianos y alemanes y su notable influencia en América*

Durante las décadas del 40 y del 50 la doctrina procesal hizo eclosión en Alemania e Italia y allí —raíz de los nuevos ordenamientos legales— se escribieron innumerables tratados, estudios y obras generales⁶⁶ que prontamente fueron editadas en

Una excelente reseña histórica de la verdadera ideología de los autores italianos formadores de opinión en Italia y en América puede ser vista en *El Código de Procedimiento Civil: entre jerarcas y procesalistas*, (Ediciones Científicas Italianas, Nápoles, 1992), excelente y en la Argentina desconocida obra de Franco Cipriani, catedrático de la Uni-

castellano en Argentina y en México, donde se habían radicado buenos traductores al amparo de conocidas editoriales de la época.

En general, todos los excelentes autores responsables de la enorme obra de difusión encarada — increíblemente, muchos de los italianos eran discípulos de Chiovenda— sostuvieron que ambas legislaciones glosadas eran el *non plus ultra* en materia de enjuiciamiento.

Y rápidamente —sin reparar en su origen ideológico-político— el pensamiento deslumbró a los entonces noveles procesalistas americanos que, con citas en latín, tudesco e italiano, pontificaron recurrentemente acerca de las bondades del método consagrado *en los países más adelantados de Europa*, donde había sido largamente elogiado por *la buena doctrina de la época*.

Y así fue cómo los juristas de América, convencidos de que *eso era lo mejor*, miraron hacia el nuevo oriente jurídico que reiteraba legislación con el método vigente en estos lares desde el siglo XVI y al cual estaban ya acostumbrados.

3.3. La aplicación del método inquisitivo en la Argentina

Congruente con ello, todas las leyes que se redactaron durante los años 50 y décadas posteriores reafirmaron las ideas ya largamente comentadas.

versidad de Bari. Quienes la lean se llevarán más de un susto respecto de los nombres que se citan a diario en nuestro país.

Así, por ejemplo, la ley argentina N° 14237⁶⁷ — norma de enjuiciamiento sancionada para la ciudad de Buenos Aires en el año de 1953— cuya exposición de motivos sostenía:

«Si el proceso se considera como un instrumento de carácter social, puesto en manos del Estado para restablecer el equilibrio entre los individuos, se hace necesario asegurar al juez, en cierta medida, el comando efectivo del juicio y conferirle poderes de disponer todas las medidas tendientes a la investigación de la verdad, como asimismo, de todas aquellas que hagan efectiva la probidad de la conducta de los litigantes.

La intervención del juez durante el proceso sin coartar, como hemos dicho, la libertad de las partes, incidirá directamente en el fallo, ya que la sentencia que ponga fin a la litis no ha de ser solamente el juicio lógico, frío, reflexivo, podríamos decir, sin alma del que juzga, sino la expresión humana de la aplicación de la ley»⁶⁸.

En la Cámara de Diputados, el miembro informante (por el Partido Justicialista) habló largamente sobre el punto afirmando las bondades del sistema⁶⁹.

⁶⁷ Su texto decía: «Art. 21.- En cualquier estado del juicio, los jueces y tribunales podrán disponer las medidas necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, mantener la igualdad de los litigantes, o prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe, así como aquellas tendientes a la más rápida y económica tramitación del proceso...»

⁶⁸ ¿Puede creerse que esto haya sido elocuente motivación legal?

⁶⁹ «Este artículo dio motivo en el seno de la comisión a una discrepancia total del sector del Partido Radical. Nosotros (los peronistas) afirmamos que el mismo está de acuerdo con la doctrina moderna, de acuerdo con la Constitución Nacional (¿!), que autores de indiscutible valer dentro de

lo procesal lo propician y que, por lo demás, existen en el país antecedentes que después nombraremos. Por otra parte, la norma del artículo 21 es *fundamental para averiguar la verdad, base indiscutible de una sentencia justa y, en consecuencia, de una buena administración de justicia*. En 1910, en el Mensaje del Poder Ejecutivo acompañando a un proyecto similar, se decía que el Código vigente en aquella época —que es el mismo que rige en la actualidad— establecía restricciones a la averiguación de la verdad y limitaba en forma exagerada las facultades del juez. En el Proyecto de 1935 elaborado por el Dr. David Lascano, en el Instituto de Altos Estudios de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Eva Perón (hoy, La Plata), y refiriéndose a este problema, dice el autor que en el proyecto no se adopta el procedimiento inquisitivo, sino que se mantiene el procedimiento dispositivo, de acuerdo con la terminología que adopta Carnelutti (?).

Pero dice que, no obstante eso, sacamos al juez de su papel de espectador propio de nuestras leyes procesales.

Es necesario, afirma Lascano, que el juez tenga la dirección y control del proceso.

Expresa también que, junto con los poderes de decisión y coerción, que son inherentes a la función jurisdiccional, existen otros poderes que los códigos de los distintos países regulan en forma diferente. Por ejemplo, el Código austriaco establece el impulso oficial.

En cambio, los códigos de España, Francia e Italia dejan el impulso a cargo de las partes.

Pero en Francia se reconoce al juez el llamado *poder de soberanía*, que le permite regular discrecionalmente la marcha del proceso.

Por último, entendemos que al juez le corresponden la dirección y el control del proceso, porque como órgano del Estado tiene la obligación de hacer cumplir las leyes que ese mismo Estado dicta y, como autoridad pública, nadie mejor que él está en condiciones de hacer que el proceso se desarrolle en forma normal.

Se dice en el Mensaje que «es cierto que existen voces autorizadas contra este aumento de facultades de los jueces, afirmando que ello significaría destruir el principio dispositivo que es de la esencia del proceso civil; pero los que tal afirman, olvidan el distingo entre *derecho e interés* y fun-

En el mismo sentido, el Código de Santa Fe de 1940 y su posterior reforma en 1962 y el Código de Mendoza que, por su notable importancia y particular detalle, inserto en nota⁷⁰.

damentalmente el distingo entre un interés legítimo y un interés ilegítimo (¿?). Es probable que el aumento de las facultades de los jueces lesione intereses no legítimos».

«Es indiscutible que una vez fijada la materia del proceso, no es posible poner límites al juez en la averiguación de la verdad. Así como el juez no está obligado por el derecho que invocan las partes, tampoco es posible ponerle cortapisas para averiguar la verdad, porque no solamente en las cuestiones de familia está interesado el poder público: *toda perturbación del derecho, cuando sale de la esfera individual, afecta el orden público del Estado que persigue, fundamentalmente, la paz con justicia».*

⁷⁰ «Artículo 46. Sin perjuicio de los deberes y facultades conferidos en este código y en las leyes de organización judicial, éstos tienen las siguientes:

- 1) ejercer la dirección del proceso y proveer las medidas necesarias para su normal desarrollo, a pedido de interesado o por propia iniciativa;
- 2) tomar las medidas autorizadas por la ley, para prevenir, enmendar o sancionar todo acto contrario a la dignidad de la justicia, al respeto que se deben los litigantes, funcionarios y profesionales entre sí y al deber de lealtad y probidad o encaminado a dilatar o entorpecer el trámite del proceso;
- 3) procurar el avenimiento de los litigantes y la pronta solución de los litigios;
- 4) sanear el procedimiento, sin necesidad de requerimiento del interesado, para evitar o subsanar nulidades;
- 5) disponer, en cualquier estado del procedimiento, las medidas idóneas para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, mantener la igualdad de los litigantes, propender a una más rápida y económica tramitación del proceso y asegurar una solución justa. Dentro de esas medidas podrán disponer la comparecencia personal de los litigantes, peritos o terceros para interrogarlos sobre los he-

Todas estas citas se señalan al sólo fin de mostrar la tendencia comentada.

Cosa similar ocurrió en los demás países de América latina.

Esta tendencia culminó en Argentina con la Ley n° 17.454⁷¹ que, promulgada bajo la dictadura del General Onganía durante una de las tantas impunes rupturas del orden constitucional que sufrió el país durante el siglo XX, comenzó siendo norma vigente en la ciudad de Buenos Aires y luego se extendió hacia otras provincias cual cáncer imparable hasta estar hoy vigente en casi todas los Estados argentinos, pocos de las cuales respetan su origen federal.

Afirmar que esta ley dictatorial es de claro carácter democrático —cual lo ha hecho algún autor— no pasa de ser una simple petición de principios totalmente divorciada de la realidad.

chos controvertidos; que se exhiban o agreguen documentos o sus testimonios que obren en poder de los litigantes, de terceros o en archivos públicos y que se exhiba cualquier objeto atinente al litigio».

En nota a este artículo, el codificador dice que el inciso 5° sigue «la doctrina procesal *moderna* en cuanto a facultades judiciales, reproduciendo el art. 102 de la ley 50, con modificaciones formales. El procedimiento probatorio debe procurar averiguar la verdad en cuanto a los hechos controvertidos. La circunstancia de que no sea ello siempre posible, debiendo a veces fundarse la sentencia en la verdad formal, ficción o presunción creada por la ley o limitación impuesta por los propios litigantes, no puede dar a una de las etapas fundamentales del proceso una *finalidad mezquina y contraria a los fines del Estado...*»

⁷¹ Publicada el 07.11.67.

La ley es *autoritaria* y consagra en forma reiterativa soluciones definitivamente ineficaces en orden a procurar un mejor sistema de justicia.

Lo bueno de destacar aquí es que, al tiempo en que esto escribo, ese código ha sido modificado mediante las leyes 23.216, 23.774, 23.850, 24.432, 24.441, 24.454, 24.573, 24.760, 25.453, 25.488 y por el decreto 1387/ 2001.

De ello parece resultar que —con tanta reforma y maguer ella— la ineficacia continúa.

En rigor, *continuará y se acrecentará*, pues todos los agregados y cambios son, en definitiva, *más de lo mismo*: se restringe el método en orden a una difusa meta...

Pero esto no es exclusivo de la Argentina. Veamos qué ocurre en otros países:

a) Uruguay reemplazó su antigua normativa por el *Código General del Proceso*⁷², convirtiéndose en el año de 1988 en ley n° 15982, y que ahora pretende ingresar a otros países (por ejemplo, Guatemala y Paraguay) al exótico amparo —absurda paradoja de estos tiempos— de los EEUU, país modelo del sistema acusatorio⁷³. Véase en nota algo de su normativa⁷⁴:

⁷² Inspirado en el Proyecto de *Código Modelo o Código Tipo*, elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

⁷³ ¿Es que no hay ideólogos allí?

⁷⁴ «Artículo 24. *Facultades del Tribunal*.

El Tribunal está facultado:

1) para rechazar *in limine* la demanda cuando fuere manifestamente improponible, cuando carezca de los requisi-

b) Colombia tiene su Código desde el año de 1970, donde se establecen, entre otros, similares deberes⁷⁵.

tos formales exigidos por la ley o cuando se ejerceite una pretensión especialmente sujeta a término de caducidad y éste haya vencido;

2) para relevar de oficio las excepciones que este Código le faculta;

3) para dar al proceso el trámite que legalmente corresponda cuando el requerido aparezca equivocado;

4) para *ordenar las diligencias necesarias al esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes* (¿No resulta absurdo endilgarle este deber el juez?)

5) para disponer en cualquier momento la presencia de los testigos, de los peritos y de las partes, para requerirles las explicaciones que estime necesarias al objeto del pleito;

6) para rechazar las pruebas inadmisibles, así como las manifestamente inconducentes e impertinentes;

7) para rechazar *in limine* los incidentes que reiteren otros ya propuestos por la misma causa o cuando, a pesar de fundarse en causa distinta, ésta haya podido alegarse al promoverse uno anterior;

8) para rechazar *in limine* la intervención de terceros cuando la petición carezca de los requisitos exigidos;

9) para declarar de oficio y de plano las nulidades absolutas e insubsanables y para disponer las diligencias que persigan evitar dichas nulidades⁷⁵;

10) para imponer a los procuradores y abogados sanciones disciplinarias y multas en los casos previstos legalmente;

11) para dirigir el proceso y aplicar las sanciones que correspondan a quienes obstaculicen indebidamente su desarrollo u observen conducta incompatible con el decoro y dignidad de la justicia».

⁷⁵ Art. 37: «1) dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas conducentes para evitar la paralización y procurar la mayor economía procesal *so pena de incurrir en responsabilidad por las demoras que ocurran*;

c) Perú ha logrado el Código Procesal Civil⁷⁶ más avanzado en la materia: su reciente ley es una lacónica pero hermosa muestra de lo que es un código inquisitivo⁷⁷. Su normativa así lo exhibe⁷⁸.

2) hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso usando los poderes que este código le otorga;

3) prevenir, remediar y sancionar por los medios que este Código consagra, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, a la lealtad, probidad y buena fe que debe observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal;

4) emplear los poderes que este código le concede en materia de pruebas, siempre que lo considere conveniente para verificar los hechos alegados por las partes y evitar nulidades y providencias inhibitorias....»

A su turno, el *art. 179* del mismo código establece: «Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte o de oficio cuando el magistrado o juez las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. Sin embargo, para decretar de oficio la declaración de testigos, será necesario que éstos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes. Las providencias que decreten pruebas de oficio no admiten recurso alguno....»

⁷⁶ Decreto legislativo 768 del 04.03.92.

⁷⁷ O, si se prefiere, un código hitlerista-mussolinista-stalinista. Si bien se mira, hay un eje común a todos estos sistemas: el *autoritarismo imperial*. No en vano Italia, Alemania y Rusia se igualan en la forma de denominar a quien ejerce el poder: luego de la muerte de Julio César (44 a.C., idus -15- de marzo) le sucede su hijo adoptivo Octavio (Augusto, el egregio) que convierte en *título de honor y dignidad* al apellido de su padre: *César*. Y de allí derivan *Kaiser* (quien impera en Alemania) y *Zar* (quien impera en Rusia).

⁷⁸ «Artículo 188. *Finalidad de la prueba*. «Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos

d) Lo mismo ocurre en Chile desde el Código de Procedimiento Civil de 1893, vigente hoy con diversas modificaciones⁷⁹.

3.3.1. *La aplicación del método inquisitorial en lo penal en la Argentina*

Salvo algunas pocas leyes que luego referiré puntualmente al explicar el sistema acusatorio, todas

por las partes, producir certeza en el juez respecto de los hechos controvertidos y fundamentar sus decisiones».

Artículo 194. *Pruebas de oficio*. «Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción el juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes.»

⁷⁹ Su actual artículo 159 establece:

«Los Tribunales ... podrán dictar de oficio *medidas para mejor resolver*:...

1) la agregación de cualquier documento que estimen necesario para esclarecer el derecho de los litigantes;

2) la confesión judicial de cualquiera de las partes sobre hechos que consideren de influencia en la cuestión y que no resulten probados;

3) la inspección personal del objeto de la cuestión;

4) el informe de peritos;

5) la comparecencia de testigos que hayan declarado en el juicio, para que aclaren o expliquen sus dichos oscuros o contradictorios y

6) la presentación de cualesquiera de otros autos que tengan relación con el pleito...

Si en la práctica de alguna de estas medidas de prueba aparece de manifiesto la necesidad de esclarecer nuevos hechos indispensables para dictar sentencia, podrá el tribunal abrir un término especial de prueba ... que será improrrogable y limitado a los puntos que el mismo Tribunal designe...»

las leyes argentinas vigentes para el enjuiciamiento penal son de neto y absoluto carácter inquisitivo, con todas las miasmas que su concepto puede contener: desde la iniciación oficiosa del proceso hasta la ignorancia de la regla de congruencia en la sentencia...

3.3.2. *La aplicación del método inquisitorial en lo civil en la Argentina*

Cosa parecida ocurre en el campo de lo civil, en el cual los autores persisten en privilegiar *la justicia subjetiva de la meta* por sobre *la legitimidad objetiva del método de procesamiento*.

Ya volveré sobre ello luego de explicar el tema siguiente

4. EL SISTEMA DISPOSITIVO O ACUSATORIO

4.1. *Antecedentes*

Tal cual lo he explicado ya recurrentemente, desde tiempo inmemorial —en rigor, desde la pacificación de los pueblos— existía en los hechos una idea parecida a la que hoy tenemos del proceso civilizado: dos personas (actor y demandado) discutiendo ante otra cuya autoridad personal o moral acataban.

En el orden penal, y superadas las etapas de la venganza privada y de las ordalías, ocurrió otro tanto entre acusador y reo.

Conforme al individualismo imperante en la época antigua y antes del uso de estrictas fórmulas re-

ligiosas (que luego fueron dejadas de lado), parece ser que eran las propias partes quienes podían *disponer* libremente no sólo del derecho en discusión sino también del método para discutir.

A este sistema de *libre disposición del método de debate* se le asigna desde antaño la denominación de *dispositivo* (en materia civil) o *acusatorio* (en materia penal, pues nace a partir de la *acusación* que se hace contra alguien) y fue el que imperó en Grecia, Roma, etcétera, como se ha visto precedentemente.

Veamos ahora cómo algunos importantes acontecimientos históricos incidieron en la permanencia de este sistema en diversos países del mundo.

4.1.1. *La influencia de la Carta Magna de Inglaterra en la idea de debido proceso*

En el año de 1215⁸⁰, reinaba en Inglaterra Juan Plantagenet⁸¹ conocido como *Juan sin Tierra*, que accedió al trono después de la muerte de su hermano mayor Ricardo I, *Corazón de León*.

Dice la historia que llevó una vida guerrera y ejerció un gobierno absolutista sobre ingleses, galeses, irlandeses y escoceses, por lo que terminó sufriendo el odio de sus súbditos, especialmente de

⁸⁰ Desde allí partí con la explicación del *método inquisitivo*.

⁸¹ *Oxford, 1167, †Nottinghamshire, 1216). Fue el hijo tercero de Enrique II de Inglaterra, de ascendencia normanda (de Northmen, *hombres del norte*).

los ingleses quienes, hastiados ya de los impuestos⁸² y las guerras y llenos de repugnancia por los caprichos y costumbres licenciosas del Rey, decidieron *oponer la ley a los caprichos reales*.

Fue así que, con la mira colocada en impuestos justos y ecuanímenes, los Barones ingleses exigieron⁸³ un tratamiento conforme con el procedimiento legal vigente a la sazón, a raíz de lo cual el Rey emitió el primer *pacto de convivencia* entre el Gobierno y los gobernados que se conoce en el mundo: la *Carta Magna*⁸⁴ de 1215, en fecha muy cercana a la de la realización del Concilio de Letrán en la Europa continental.

Dadas la obvia dificultad para acceder a la lectura del texto original de la Carta Magna⁸⁵ y la existencia de diversas traducciones al inglés, creo necesario hacer su transcripción en esta obra para que el lector pueda advertir el claro parentesco que hay

⁸² Este es el origen de la leyenda de *Robin Hood*.

⁸³ Se dice que el planteo realizado fue similar al que luego se hiciera en Aragón. La frase que se recuerda señala que *cada Barón es, en lo personal, igual al Rey*. Pero añade que, *en su conjunto, los Barones son más que el Rey*. Lo que viene a significar que las *Baronías* se erigieron como conjunto en autoridad superior al propio Rey y que éste debió respetar sus exigencias.

⁸⁴ Se trata de la *Carta* de los derechos señoriales que la nobleza feudal logró en junio de 1215 y que no fue propiamente un verdadero texto constitucional ya que sólo afectó a los derechos de los nobles y no a los del pueblo en general. No obstante ello, su valor jurídico es indudable por su carácter revolucionario, en tanto constituyó una severa limitación al poder real impuesta por sus subditos.

⁸⁵ Escrito en latín por el Arzobispo Esteban Langton.

entre su regulación y la contenida en nuestras constituciones⁸⁶.

La Carta fue reeditada sucesivamente, con algunas enmiendas, en 1216, 1217 y 1225 pero, a la postre, no solucionó el problema: las dificultades con los Barones continuaron y degeneraron en guerra civil (1215-1217), durante la cual el Rey murió.

He aquí su texto, destacando en letras cursivas las partes que se vinculan con el tema en cuestión:

«JUAN, por la gracia de Dios Rey de Inglaterra, Señor de Irlanda, Duque de Normandía y Aquitania y conde de Anjou, a sus Arzobispos, Obispos, Abades, Condes, Barones, Jueces, Gobernadores forestales (*foresters*), Corregidores (*sheriffs*), Mayordomos (*stewards*) y a todos sus bailíos (dignatarios de órdenes militares) y vasallos, Salud.

TODOS QUE ANTE DIOS, para bien de nuestra alma y de la de nuestros antepasados y herederos, en loor a Dios y para mayor gloria de la Santa iglesia y la mejor ordenación de nuestro Reino, por consejo de nuestros reverendos padres Esteban, Arzobispo de Canterbury, Primado de toda Inglaterra y Cardenal de la Santa iglesia Romana; Enrique, Arzobispo de Dublin; Guillermo, Obispo de Londres; Pedro, Obispo de Winchester; Jocelino, Obispo de Bath y Glastonbury; Hugo, Obispo de Lincoln; Walter, Obispo de Coventry; Benedicto, Obispo de Rochester; Maestro Pandolfo, subdiácono y miembro de la Casa Papal; Hermano Aimerico, Maestre de los Caballeros Templarios en

⁸⁶ A este efecto, presento la traducción de una de sus versiones más antiguas, que hiciera Gerald Murphy para *The Cleveland Free-Net* y distribuida por la División Servicios de Ciberdistribución [*Cybercasting Services Division*] de la Red Pública Nacional de Telecomputación [*National Public Telecomputing Network (NPTN)*] de los Estados Unidos y que me fuera proporcionada por el Prof. Jorge Alejandro Amaya.

Inglaterra; Guillermo Marshall, Conde de Pembroke; Guillermo, Conde de Salisbury; Guillermo, Conde de Warren; Guillermo, Conde de Arundel; Alan de Galloway, Condestable de Escocia; Warin Fitz Gerald, Pedro Fitz Herbert, Huberto de Burgh, Senescal del Poitou, Hugo de Neville, Mateo Fitz Herbert, Tomas Basset, Alan Basset, Felipe Daubeny, Roberto de Roppeley, Juan Marshall, Juan Fitz Hugh y otros leales vasallos:

1) PRIMERO, que hemos otorgado en el nombre de Dios y por la presente Carta hemos confirmado para Nos y nuestros herederos a perpetuidad que la iglesia inglesa sea libre, conserve todos sus derechos y no vea menoscabadas sus libertades. Que así queremos que sea observado, resulta del hecho de que por nuestra libre voluntad, antes de surgir la actual disputa entre Nos y nuestros Barones, concedimos y confirmamos por carta la libertad de las elecciones eclesiásticas —un derecho que se reputa como el de mayor necesidad e importancia para la Iglesia— y la hicimos confirmar por el Papa Inocencio III. Esta libertad es la que Nos mismo observaremos y la que deseamos sea observada de buena fe (*in good faith*) por nuestros herederos para siempre jamás (*in perpetuity*).

A todos los hombres libres de nuestro reino hemos otorgado asimismo, para Nos y para nuestros herederos a título perpetuo, todas las libertades que a continuación se enuncian, para que las tengan y posean de Nos y de nuestros herederos para ellos y los suyos:

2) Si fallece algún Conde, Barón u otra persona que posea tierras directamente de la Corona, con destino al servicio militar, y a su muerte el heredero fuese mayor de edad y debiera un «censo» (o *relief*), dicho heredero entrará en posesión de la herencia al pagar la antigua tarifa del «censo», es decir, el o los herederos de un Conde pagaran 100 (cien) libras por toda la baronía del Conde, los herederos de un Caballero (*knight*) 100 (cien) chelines (*shillings*) como máximo por todo el feudo (*fee*) del caballero, y cualquier hombre que deba menor cantidad pagará menos, con arreglo a la usanza antigua de los feudos.

3) Pero si el heredero de esa persona fuese menor de edad y estuviese bajo tutela, cuando alcance la mayoría de edad entrará en posesión de su herencia sin tener que pagar censo o derecho real.

4) Quien tenga a su cargo la tierra de un heredero menor de edad sólo sacará de ella frutos, las rentas usuales y servicios personales (*feudal services*), debiéndolo hacer sin destrucción ni daño alguno a los hombres ni a los bienes. En caso de que hayamos confiado la custodia de la tierra a un Corregidor o a cualquier persona responsable ante Nos por el producto de aquélla, y perpetrase una destrucción o daños, le exigiremos compensación y la tierra será encomendada a dos hombres dignos y prudentes del mismo feudo, que responderán ante Nos del producto o ante la persona que les asignemos. En caso de que hayamos conferido o vendido a alguien la custodia de esa tierra y de que esa persona cause destrucción o daños, perderá la custodia y el terreno será entregado a dos hombres dignos y prudentes del mismo feudo, que serán responsables de modo semejante ante Nos.

5) Mientras el tutor tenga la custodia de estas tierras, mantendrá las casas, sotos, cotos de pesca, estanques, molinos y demás pertenencias con cargo al producto de la propia tierra.

Quando el heredero llegue a la mayoría de edad, el tutor le hará entrega de todo el predio, surtido con los arados y aperos que la estación requiera y acrecido en el producto que la tierra buenamente sea capaz de dar.

6) Los herederos podrán ser dados en matrimonio, pero no a alguien de inferior rango social. Antes de que se celebre el casamiento, se avisará a los parientes más próximos del heredero.

7) A la muerte del marido, toda viuda podrá entrar en posesión de su dote y de su cuota hereditaria inmediatamente y sin impedimento alguno. No tendrá que pagar nada por su dote, por presentes matrimoniales o por cualquier herencia que su marido y ella poseyesen conjuntamente el día de la muerte de aquél, y podrá permanecer en la casa de su marido cuarenta días tras la muerte de éste, asignándosele durante este plazo su dote.

8) Ninguna viuda será obligada a casarse mientras desee permanecer sin marido. Pero deberá dar seguridades de que no contraerá matrimonio sin el consentimiento regio, si posee sus tierras con cargo a la Corona, o sin el consentimiento del señor a quien se las deba.

9) Ni Nos ni nuestros baillíos ocuparemos tierras ni rentas de la tierra en pago de deuda alguna, mientras el deudor tenga bienes muebles suficientes para satisfacer el débito. Los fiadores del deudor no serán apremiados mientras el deudor mismo pueda pagar la deuda. Si por falta de medios el deudor fuese incapaz de satisfacerla, saldrán responsables sus fiadores, quienes, si lo desean, podrán incautarse de las tierras y rentas del deudor hasta que obtengan el reembolso del débito que le hayan pagado, a menos que el deudor pueda probar que ha cumplido sus obligaciones frente a ellos.

10) Si alguien que haya tomado prestada una suma de dinero a judíos⁸⁷ muriese antes de haberse pagado la deuda, su heredero no pagará interés alguno sobre ésta mientras sea menor de edad, sea quien fuere la persona a la que deba la posesión de sus tierras. Si la deuda viniese a parar a manos de la Corona, ésta no recabará más que la suma principal indicada en el título.

11) Si un hombre muere debiendo dinero a judíos, su mujer podrá entrar en posesión de la dote y no estará obligada a pagar cantidad alguna de la deuda con cargo a aquélla. Si deja hijos menores de edad, se podrá proveer a su sustento en una medida adecuada al tamaño de la tierra poseída por el difunto. La deuda deberá ser satisfecha con cargo al remanente después de ser reservado el tributo debido a los señores del feudo. Del mismo modo se tratarán las deudas que se deban a los no judíos.

12) No se podrá exigir fonsadera ni auxilio en nuestro Reino sin el consentimiento general, a menos que fuere para el rescate de nuestra persona, para armar caballero a nuestro hijo primogénito y para casar (una sola vez) a nuestra hija mayor. Con este fin sólo se podrá establecer un auxilio razonable; y la misma regla se seguirá con las «ayudas» de la ciudad de Londres.

13) La ciudad de Londres gozará de todas sus libertades antiguas y franquicias tanto por tierra como por mar.

⁸⁷ Adviértase la expresa referencia a la raza del acreedor, cosa que no hizo la Inquisición española, escudada en la proclamada necesidad de propagar la fe.

Asimismo, queremos y otorgamos que las demás ciudades, Burgos, poblaciones y puertos gocen de todas sus libertades y franquicias.

14) Para obtener el consentimiento general al establecimiento de un «auxilio» —salvo en los tres casos arriba indicados— o de una fonsadera, haremos convocar individualmente y por carta a los Arzobispos, Obispos, Abades, Duques y Barones principales. A quienes posean tierras directamente de Nos haremos dirigir una convocatoria general, a través de los corregidores y otros agentes, para que se reúnan un día determinado (que se anunciará con cuarenta días, por lo menos, de antelación) y en un lugar señalado. Se hará constar la causa de la convocatoria en todas las cartas de convocación. Cuando se haya enviado una convocatoria, el negocio señalado para el día de la misma se tratará con arreglo a lo que acuerden los presentes, aun cuando no hayan comparecido todos los que hubieren sido convocados.

15) En lo sucesivo no permitiremos que nadie exija «ayuda» a alguno de sus vasallos libres salvo para rescatar su propia persona, para armar caballero a su hijo primogénito y para casar (una vez) a su hija mayor. Con estos fines únicamente se podrá imponer una «ayuda» razonable.

16) Nadie vendrá obligado a prestar más servicios para el «feudo» de un caballero o cualquier otra tierra que posea libremente, que lo que deba por este concepto.

17) *Los litigios ordinarios ante los Tribunales no seguirán por doquier a la corte real, sino que se celebrarán en un lugar determinado.*

18) *Sólo podrán efectuarse en el tribunal del Condado respectivo las actuaciones sobre desposesión reciente, muerte de antepasado y última declaración. Nos mismo o, en nuestra ausencia en el extranjero, nuestro Justicia Mayor (Chief justice), enviaremos dos jueces a cada Condado cuatro veces al año, y dichos jueces, con cuatro caballeros del Condado elegidos por el Condado mismo, celebrarán los juicios en el tribunal del Condado, el día y en el lugar en que se reúna el tribunal.*

19) *Si no pudiese celebrarse audiencia sobre algún caso en la fecha del tribunal de Condado, se quedarán allí tantos caballeros y propietarios de los que hayan asistido*

al tribunal, como sea suficiente para administrar justicia, atendida la cantidad de asuntos que se hayan de ventilar.

20) Por simple falta, un hombre libre será multado únicamente en proporción a la gravedad de la infracción y de modo proporcionado por infracciones más graves, pero no de modo tan gravoso que se le prive de su medio de subsistencia. Del mismo modo, no se le confiscará al mercader su mercancía ni al labrador los aperos de labranza, en caso de que queden a merced de un tribunal real. Ninguna de estas multas podrá ser impuesta sin la estimación de hombres buenos de la vecindad.

21) *Los Duques y Barones serán multados únicamente por sus pares y en proporción a la gravedad del delito.*

22) Toda multa impuesta sobre bienes temporales de un clérigo ordenado se calculará con arreglo a los mismos principios, excluido el valor del beneficio eclesiástico.

23) Ninguna ciudad ni persona será obligada a construir puentes sobre ríos, excepto las que tengan de antiguo la obligación de hacerlo.

24) *Ningún Corregidor (sheriff), Capitán (constable) o Alguacil (coroner) o bailío podrá celebrar juicios que competan a los jueces reales.*

25) Todos los Condados, partidos, subcondados y aldeas conservarán su renta antigua, sin incremento alguno, excepto las fincas del patrimonio real.

26) Si a la muerte de un hombre que posea un feudo de realengo, un Corregidor o bailío presentase cartas patentes de cobro de deudas a la Corona, será lícita la ocupación e inventario por aquél de los bienes muebles que se encuentren en el feudo de realengo del difunto, hasta el importe de la deuda, según estimación hecha por hombres buenos.

No se podrá retirar bien alguno mientras no se haya pagado la totalidad de la deuda y entregado el remanente a los albaceas (executors) para que cumplan la voluntad del difunto. Si no se debiese suma alguna a la Corona, todos los bienes muebles se considerarán como propiedad del finado, excepto las partes razonables de su esposa y sus hijos.

27) Si un hombre libre muere sin haber hecho testamento, sus bienes muebles serán distribuidos a sus pa-

rientes más próximos y a sus amigos, bajo la supervisión de la Iglesia, si bien serán salvaguardados los derechos de sus deudores.

28) Ningún Capitán ni bailío nuestro tomara grano u otros bienes muebles de persona alguna sin pagarlos en el acto, a menos que el vendedor ofrezca espontáneamente el aplazamiento del cobro.

29) Ningún Capitán podrá obligar a un Caballero a pagar suma alguna de dinero por la guardia de castillos si el Caballero está dispuesto a hacer la guardia en persona o, dando excusa justificada, a prestar hombres aptos para que la hagan en su lugar. Todo Caballero requerido o enviado a un servicio de armas estará exento de la guardia de castillos durante el periodo del servicio.

30) Ningún Corregidor, bailío u otra persona podrá tomar de un hombre libre caballos o carros para el transporte sin el consentimiento de aquél.

31) Ni Nos ni nuestros bailíos llevaremos teña para nuestro castillo o para otra finalidad sin el consentimiento del dueño.

32) No retendremos en nuestras manos las tierras de personas condenadas por traición (*convicted of felony*) más de un año y un día, después de lo cual serán devueltas a los señores del feudo respectivo.

33) Se quitarán todas las empalizadas de pesca del Támesis, del Medway y de toda Inglaterra, excepto las construidas a orillas del mar.

34) *No se expedirá en lo sucesivo a nadie requerimiento alguno respecto a la posesión de tierras, cuando la expedición del mismo implique la privación para algún hombre libre del derecho a ser juzgado por el tribunal de su propio señor.*

35) Habrá patrones de medida para el vino, la cerveza y el grano (el cuarto londinense) en todo el Reino, y habrá también un patrón para la anchura de las telas teñidas, el pardillo y la cota de malla, concretamente dos varas entre las orlas. Del mismo modo habrán de uniformarse los pesos.

36) En lo sucesivo no se pagará ni se aceptará nada por la expedición de un auto de investigación de vida y bienes, el cual se otorgará gratis y no podrá ser denegado.

37) Si un hombre posee tierras de realengo (*lands of the Crown*) a título de feudo en renta perpetua, de «servicios» («*socage*») o de «renta anual» («*burgage*») y posee asimismo tierras de otra persona en concepto de servicio de caballería, no asumiremos la tutela de su heredero ni de la tierra que pertenezca al feudo de la otra persona en virtud de la «renta perpetua», de los «servicios» o de la «renta anual», a menos que el «feudo en renta perpetua» esté sujeto a servicio de Caballería. No asumiremos la tutela del heredero de un hombre ni la guardia de la tierra que ese hombre poseyera de manos de otro por el hecho de que detente pequeñas propiedades de la Corona a cambio de un servicio de Caballeros o arqueros o de índole análoga.

38) *En lo sucesivo, ningún bailío llevará a los tribunales a un hombre en virtud únicamente de acusaciones suyas, sin presentar al mismo tiempo a testigos directos dignos de crédito sobre la veracidad de aquéllas.*

39) *Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino.*

40) *No venderemos, denegaremos ni retrasaremos a nadie su derecho ni la justicia.*

41) Todos los mercaderes podrán entrar en Inglaterra y salir de ella sin sufrir daño y sin temor, y podrán permanecer en el reino y viajar dentro de él, por vía terrestre o acuática, para el ejercicio del comercio, y libres de toda exacción ilegal, con arreglo a los usos antiguos y legítimos. Sin embargo, no se aplicará lo anterior en época de guerra a los mercaderes de un territorio que esté en guerra con Nosotros. Todos los mercaderes de ese territorio hallados en Nuestro reino al comenzar la guerra serán detenidos, sin que sufran daño en su persona o en sus bienes, hasta que Nos o nuestro Justicia Mayor hayamos descubierto cómo se trata a nuestros comerciantes en el territorio que esté en guerra con nosotros, y si nuestros comerciantes no han sufrido perjuicio, tampoco lo sufrirán aquellos.

42) En lo sucesivo, todo hombre podrá dejar nuestro reino y volver a él sin sufrir daño y sin temor, por tierra o por mar, si bien manteniendo su vínculo de fidelidad con Nos, excepto en época de guerra, por un breve lapso y para el bien común del Reino. Quedarán exceptuadas de esta norma las personas que hayan sido encarceladas o puestas fuera de la ley con arreglo a la ley del reino, las personas de territorios que estén en guerra con Nos y los mercaderes, que serán tratados del modo indicado anteriormente.

43) Si algún hombre poseyera tierras de reversión («escheat»), tales como el «honor» de Wallington, Nottingham, Boulogne, Lancaster o de otras reversiones en nuestro poder que sean Baronías, a la muerte de aquél su heredero nos pagará únicamente el derecho de sucesión y el servicio que habría tenido que pagar al Barón en el caso de que la baronía se hubiese hallado en manos de éste, y Nos retendremos lo revertido del mismo modo que lo tenía el Barón.

44) *Las personas que vivan fuera de los bosques no estarán obligadas en lo sucesivo a comparecer ante los jueces reales forestales en virtud de requerimientos generales, a menos que se hallen efectivamente implicadas en actuaciones o sean fiadores de alguien que haya sido detenido por un delito forestal.*

45) *No nombraremos jueces, capitanes, corregidores ni baillios sino a hombres que conozcan las leyes del Reino y tengan el propósito de guardarlas cabalmente.*

46) Todos los Barones que hayan fundado abadías y que tengan cartas patentes de reyes de Inglaterra o posesión de antiguo en prueba de ellos, podrán ejercer el patronato de aquellas cuando estén vacantes (*when there is no abbot*), como en derecho les corresponde.

47) Todos los bosques que se hayan plantado durante nuestro reinado serán talados sin demora, y lo mismo se hará con las orillas de los ríos que hayan sido cercadas durante nuestro reinado.

48) Todos los malos usos en materia de bosques y cotos de caza, guardabosques, guardacotos, corregidores y sus baillios, o de orillas de ríos por guardianes de estas, *deberán ser inmediatamente objeto de investigación en cada condado por doce caballeros juramentados*

del propio condado, y antes de cumplirse los cuarenta días de la investigación esos malos usos deberán ser abolidos total e irrevocablemente, si bien Nos, y de no estar Nos en Inglaterra, nuestro Justicia Mayor, deberemos ser informados primero.

49) Devolveremos inmediatamente todos los rehenes y cartas que nos han sido entregados por los ingleses como garantía de paz o de lealtad en el servicio.

50) Separaremos completamente de sus cargos a los parientes de Gerardo de Athee, quienes no podrán en lo sucesivo ejercer cargos en Inglaterra. Las personas en cuestión son Engelardo de Gigogne, Pedro Guy y Andres de Chanceaux, Guy de Gigogne, Godofredo de Martigny y sus hermanos, Felipe Marc y sus herederos hermanos, con Godofredo su sobrino, y todos sus seguidores.

51) Tan pronto como se restablezca la paz, expulsaremos del reino a todos los Caballeros y arqueros extranjeros, a sus servidores y a los mercenarios que hayan entrado con daño para el reino, con sus caballos y sus armas.

52) A quien hayamos privado o desposeído de tierras, castillos, libertades o derechos sin legítimo juicio de sus pares se los devolveremos en el acto. *En casos litigiosos, el asunto será resuelto por el juicio de los veinticinco Barones a que se refiere más adelante la cláusula de garantía de la paz.* En el supuesto, sin embargo, de que algún hombre haya sido privado o desposeído de algo que esté fuera del ámbito legítimo de enjuiciamiento de sus pares por nuestro padre el Rey Enrique o nuestro hermano Ricardo, y que permanezca en nuestras manos o esté en posesión de terceros por concesión nuestra, tendremos una moratoria por el período generalmente concedido a los Cruzados, a menos que estuviese pendiente un litigio judicial o que se hubiese entablado una indagación por orden nuestra, antes de que tomáramos la Cruz en calidad de Cruzados. A nuestro regreso de la Cruzada o, si desistimos de ella, haremos inmediatamente justicia por entero.

53) Tendremos derecho a la misma moratoria en la administración de justicia relacionada con los bosques que hayan de ser talados o permanecer como tales, cuando estos hayan sido originariamente plantados por nues-

tro padre Enrique o nuestro hermano Ricardo; con la guardia de tierras que pertenezcan a «feudo» de un tercero, en el supuesto de que la hayamos ejercido hasta ahora en virtud de algún feudo concedido por Nos a un tercero a cambio de servicios de caballería, y con las abadías fundadas en feudos de terceros en las cuales el señor del feudo reivindique un derecho propio. En estas materias haremos entera justicia a los recursos cuando regresemos de la Cruzada o inmediatamente si desistimos de ella.

54) *Nadie será detenido o encarcelado por denuncia de una mujer⁸⁸ por motivo de la muerte de persona alguna, salvo el marido de aquélla.*

55) Todas las multas que se nos hayan pagado injustamente y contra la ley del reino, y todas las multas que hayamos impuesto sin razón, quedan totalmente remitidas o bien serán resueltas por sentencia mayoritaria de los veinticinco Barones a que se refiere más adelante la cláusula de salvaguardia de la paz, así como de Esteban, Arzobispo de Canterbury, si pudiere asistir, y cuantos otros quiera el traer consigo. Si el Arzobispo no puede asistir, continuarán las actuaciones sin él, pero si uno cualquiera de los veinticinco barones fuere parte en el litigio, no se tendrá en cuenta su juicio y se elegirá y tomará juramento a otro en su lugar, como suplente para la materia en cuestión, por el resto de los veinticinco.

56) En caso de que hayamos privado o desposeído a algún galés de tierras, libertades o cualquier otro bien en Inglaterra o en Gales, sin legítima sentencia de sus pares, aquéllas le serán devueltas sin demora. Todo litigio en la materia será dirimido en las Marcas (*in the Marches*) mediante sentencia de los pares de la parte. Se aplicará la ley inglesa a las tierras que se posean en Inglaterra, la ley galesa a las que posean en Gales y la de las Marcas a las que se posean en las Marcas. Los galeses nos tratarán a Nos y a los nuestros de la misma manera.

57) En caso de que un galés haya sido privado o desposeído de algo, sin haber mediado legítima sentencia

⁸⁸ Esta grave incapacidad estaba a tono con el pensamiento de época.

de sus pares, por nuestro padre el Rey Enrique o nuestro hermano el Rey Ricardo y el bien en cuestión permanezca en nuestro poder o esté en posesión de terceros por concesión nuestra, tendremos moratoria por el lapso generalmente reconocido a los Cruzados, a menos que estuviese ya pendiente algún litigio judicial o se hubiese entablado una indagación por orden nuestra, antes de tomar Nos la Cruz como Cruzado, pero a nuestro regreso de la Cruzada o de modo inmediato si desistimos de ella, haremos plenamente justicia con arreglo a las leyes de Gales y de dichas regiones.

58) Devolveremos en seguida al hijo de Llyvelyn, a todos los rehenes galeses y las cartas que se nos hayan entregado en garantía de la paz.

59) Respecto a la devolución de las hermanas y rehenes de Alejandro, Rey de Escocia, y de los derechos y libertades de éste, le trataremos del mismo modo que a nuestros demás Barones de Inglaterra, a menos que resulte de las cartas que nos concedió su padre Guillermo, anteriormente Rey de Escocia, que deba ser tratado de otro modo. Esta materia *será dirimida por el juicio de sus pares en nuestro tribunal*.

60) Todas las franquicias y libertades que hemos otorgado serán observadas en nuestro reino en cuanto se refiera a nuestras relaciones con nuestros súbditos. Que todos los hombres de nuestro reino, sean clérigos o legos, las observen de modo semejante en sus relaciones con sus propios vasallos.

61) Por cuanto hemos otorgado todo lo que antecede (*«since we have granted all these things»*) por Dios, por la mejor gobernación de nuestro Reino y para aliviar la discordia que ha surgido entre Nos y nuestros Barones, y por cuanto deseamos que esto sea disfrutado en su integridad, con vigor para siempre, DAMOS Y OTORGAMOS A LOS BARONES LA GARANTÍA SIGUIENTE:

Los Barones elegirán a veinticinco entre ellos para que guarden y hagan cumplir con todo el poder que tengan, la paz y las libertades otorgadas y confirmadas para ellos por la presente Carta.

Si Nos, nuestro Justicia Mayor, nuestros agentes o cualquiera de nuestros bailios cometiese algún delito contra un hombre o violase alguno de los artículos de paz o

de la presente garantía, y se comunicase el delito a cuatro de los citados veinticinco barones, los informados vendrán ante Nos o, en ausencia nuestra del reino, ante el Justicia Mayor, para denunciarlo y solicitar reparación inmediata. Si Nos, o en nuestra ausencia del Reino el Justicia Mayor, no diéramos reparación dentro de los cuarenta días siguientes, contados desde aquél en que el delito haya sido denunciado a Nos o a él, *los cuatro barones darán traslado del caso al resto de los veinticinco, los cuales podrán usar de apremio contra Nos y atacarnos de cualquier modo, con el apoyo de toda la comunidad del Reino, apoderándose de nuestros castillos, tierras, posesiones o cualquier otro bien, excepto nuestra propia persona y las de la reina y nuestros hijos, hasta que consigan efectivamente la reparación que hayan decretado. Una vez obtenida satisfacción, podrán volver a someterse a la normal obediencia a Nos.*

Todo hombre que lo desee podrá prestar juramento de obedecer, las tendremos moratoria por el lapso generalmente reconocido a los Cruzados, a menos que estuviese ya pendiente algún litigio judicial o se hubiese entablado una indagación por orden nuestra, antes de tomar Nos la Cruz como Cruzado, pero a nuestro regreso de la Cruzada o de modo inmediato si desistimos de ella, haremos plenamente justicia con arreglo a las leyes de Gales y de dichas regiones.

No intentaremos conseguir de nadie, ya por acción nuestra ya por medio de terceros, cosa alguna por la cual una parte de estas concesiones o libertades pueda quedar revocada o mermada. Si se consiguiese semejante cosa, se tendrá por nula y sin efecto y no haremos uso de ella en ningún momento, ni personalmente ni a través de terceros.

62) Hemos condonado y perdonado por completo a todos cualquier intención torticera, daño y agravio que haya podido surgir entre Nos y nuestros súbditos, ya sean clérigos o legos, desde el comienzo de la disputa. Además, hemos remitido totalmente, y por nuestra parte hemos perdonado también, a cualesquiera clérigos y legos todos los delitos cometidos como consecuencia de la citada disputa entre la Pascua del décimosexto año de nuestro reinado y la restauración de la paz.

Hemos ordenado asimismo cursar cartas patentes para los Barones en testimonio de la presente garantía y de las concesiones indicadas anteriormente, con los sellos de Esteban, Arzobispo de Canterbury; Enrique, Arzobispo de Dublin, los demás Obispos arriba mencionados y el Maestro Pandolfo.

63) En consecuencia, es nuestro real deseo y nuestra real orden que la Iglesia de Inglaterra sea libre y que todos los hombres en nuestro Reino tengan y guarden todas estas libertades, derechos y concesiones legítima y pacíficamente en su totalidad e integridad para sí mismos y para sus herederos, en cualesquiera asuntos y lugares y para siempre.

Tanto Nos como los Barones hemos jurado que todo esto se observará de buena fe y sin engaño alguno, de lo cual son testigos las personas antedichas y muchas otras.

Dado de nuestro puño y letra en el prado que se llama Runnymede, entre Windsor y Staines, el día decimoquinto del mes de junio del decimoséptimo año de nuestro reinado».

Allí apareció el *germen legal de la idea de proceso* que venía practicándose desde los tiempos de la civilidad, en expresa garantía que el Rey otorgó a sus súbditos al prometerles un juzgamiento de pares no sujeto al capricho real.

La idea allí contenida fue reiterada en la *Declaración de Derechos* o *Bill of rights* de 1689, donde se repiten ideas expresamente vinculadas con la Carta Magna y contenidas en la *Petición de Derechos* o *Petition of Rights* del 7 de junio de 1628⁸⁹:

⁸⁹ Antes de que Guillermo de Orange subiera al trono de Inglaterra, tuvo que aceptar la *Declaración de Derechos* (*Bill of rights*) del 13 de febrero de 1689 que se ha convertido en el fundamento de la Constitución de Gran Bretaña, como se puede ver en la transcripción que hago en el texto, remarcando lo que se vincula con la idea de proceso.

«Considerando que los Lores espirituales y temporales y los Comunes, reunidos en Westminster, representando legal, plena y libremente a todos los estamentos del pueblo de este reino, presentaron el 13 de febrero del año de NS (gracia) de 1688, a Sus Majestades, entonces conocidas con los nombres y títulos de Guillermo y Maria, príncipes de Orange, una declaración escrita redactada por los mencionados Lores y Comunes en los siguientes términos:

Considerando que el fallecido Jacobo II, con la ayuda de malos consejeros, jueces y ministros nombrados por él, se esforzó en subvertir y proscribir la religión protestante, y las leyes y libertades de este Reino:

- usurpando y ejerciendo el poder de dispensar de las leyes y aplazar su entrada en vigor y su cumplimiento, sin el consentimiento del Parlamento;
- encarcelando y procesando a varios prelados que, respetuosamente, le solicitaron que les excusara de prestar su consentimiento a la usurpación de este poder;
- ideando y patrocinando la creación, bajo la autoridad del Gran Sello, de un Tribunal denominado Tribunal de Delegados para las causas eclesiásticas;
- cobrando, en beneficio de la Corona, ciertos tributos, bajo la excusa de una supuesta prerrogativa, para otros periodos y en forma distinta de la que habían sido votados por el Parlamento;
- reclutando y manteniendo, dentro de las fronteras del Reino y en tiempo de paz, un ejército permanente, sin consentimiento del Parlamento, y alistando en él a personas declaradas inhabilitadas;
- ordenando que muchos buenos ciudadanos protestantes fueran desarmados, mientras que los papistas eran armados y empleados con finalidades contrarias a la ley;
- violando la libertad de elegir a los miembros del Parlamento;
- acusando ante el Tribunal Real por delitos para cuyo conocimiento era únicamente competente el Parlamento, y celebrando otros procesos ilegales y arbitrarios;

- considerando que en los últimos años personas corrompidas, partidistas e inhabilitadas, han sido elegidas y han formado parte de jurados y que, especialmente, personas que no eran propietarios libres han intervenido como jurados en procesos por alta traición.

Que se han exigido fianzas excesivas a personas sujetas a procedimientos penales, para no conceder los beneficios contenidos en las leyes relativas a la libertad de las personas.

Que se han impuesto multas excesivas.

Que se han aplicado castigos ilegales y crueles.

Y que se han hecho concesiones y promesas del importe de las multas y confiscaciones, *antes de que se hubieran obtenido las pruebas necesarias o la condena de las personas a las que se iban a aplicar estas penas.*

Todo lo cual es total y directamente contrario a las leyes, ordenanzas y libertades de este Reino.

Considerando que habiendo abdicado el difunto rey Jacobo II, y habiendo quedado por ello vacantes el gobierno y el trono, Su Alteza el Príncipe de Orange (a quien Dios Todopoderoso ha querido convertir en el glorioso instrumento que librara a este Reino del papismo y el poder arbitrario) ha hecho enviar, por consejo de los Lores espirituales y temporales y de varios miembros destacados de los Comunes, cartas a los Lores espirituales y temporales protestantes, y a los diferentes condados, ciudades, universidades, Burgos y a los cinco puertos, para que eligieran a las personas que les representarían en el Parlamento que se debía reunir en Westminster el 22 de enero de 1688 con el objeto de acordar lo necesario para que su religión, leyes y libertades no volvieran, en lo sucesivo, a correr el peligro de ser destruidas, y habiéndose celebrado elecciones de acuerdo con las cartas citadas.

En estas circunstancias, los mencionados Lores espirituales y temporales y los Comunes, hoy reunidos en virtud de sus cartas y elecciones, y constituyendo la plena y libre representación de esta nación, examinando los mejores medios para alcanzar los fines indicados declaran, en primer lugar, como han hecho en casos semejantes sus antepasados, para defender y asegurar sus antiguos derechos y libertades:

1) Que el pretendido poder de suspender las leyes y la aplicación de las mismas, en virtud de la autoridad real y sin el consentimiento del Parlamento, es *ilegal*.

2) Que el pretendido poder de dispensar de las leyes o de su aplicación en virtud de la autoridad real, en la forma en que ha sido usurpado y ejercido en el pasado, es *ilegal*.

3) Que la comisión para erigir el último Tribunal de causas eclesiásticas y las demás comisiones y tribunales de la misma naturaleza son *ilegales* y perniciosos.

4) Que toda cobranza de impuesto en beneficio de la Corona, o para su uso, so pretexto de la prerrogativa real, sin consentimiento del Parlamento, por un periodo de tiempo más largo o en forma distinta de la que ha sido autorizada, es *ilegal* —(de allí nace la máxima inglesa *no taxation without representation*)—.

5) Que es un *derecho de los súbditos presentar peticiones* al Rey, siendo ilegal toda prisión o procesamiento de los peticionarios.

6) Que el reclutamiento o mantenimiento de un ejército dentro de las fronteras del Reino en tiempo de paz, sin la autorización del Parlamento, son *contrarios a la ley*.

7) Que todos los súbditos protestantes pueden poseer armas para su defensa, de acuerdo con sus circunstancias particulares y en la forma que autorizan las leyes.

8) Que las elecciones de los miembros del Parlamento deben ser libres.

9) Que las libertades de expresión, discusión y actuación en el Parlamento *no pueden ser juzgadas ni investigadas por otro Tribunal que el Parlamento*.

10) Que no se deben exigir fianzas exageradas, ni imponerse multas excesivas ni aplicarse castigos crueles ni desacostumbrados.

11) Que las listas de los jurados deben confeccionarse, y éstos ser elegidos, en buena y debida forma, y aquellas deben notificarse, y que los jurados que decidan la suerte de las personas en procesos de alta traición deberán ser propietarios.

12) Que todas las condonaciones y promesas sobre multas y confiscaciones hechas a otras personas, antes de la sentencia, son *ilegales y nulas*.

13) Y que para remediar todas estas quejas, y para conseguir la modificación, aprobación y mantenimiento de las leyes, el Parlamento debe reunirse con frecuencia.

Reclaman, piden e insisten en todas y cada una de las peticiones hechas, como libertades indiscutibles, y solicitan que las declaraciones, juicios, actos o procedimientos, que han sido enumerados y realizados en perjuicio del pueblo, no puedan, en lo sucesivo, servir de precedente o ejemplo.

Hacen esta petición de sus derechos, particularmente animados por la declaración de S. A. R. el príncipe de Orange, que los considera el único medio de obtener completo conocimiento y garantía de los mismos respecto de la situación anteriormente existente.

Por todo ello tienen la completa confianza de que S. A. R. el príncipe de Orange terminará la liberación del Reino, ya tan avanzada gracias a él, y que impedirá, en lo sucesivo, la violación de los derechos y libertades antes enumerados, así como cualquier otro ataque contra la religión, derechos y libertades.

Los mencionados Lores espirituales y temporales y los Comunes, reunidos en Westminster, resuelven que Guillermo y Maria, príncipe y princesa de Orange, son y sean declarados, respectivamente, rey y reina de Inglaterra y Francia».

El procedimiento que deriva de esta promesa real se cumplió con exactitud y esmero por los sucesores de Juan sin Tierra.

Tanto, que el proceso concebido como método de debate entre dos iguales ante un tercero imparcial que asegura jurídicamente esa igualdad rige desde entonces hasta hoy en toda la Gran Bretaña y en la totalidad de los países que en algún momento integraron el Imperio Británico.

Y esto no es casualidad.

Por lo contrario, se debe a que durante el comienzo del siglo XVI —coincidiendo con el señorío de la

Inquisición española— reinó en Inglaterra Enrique VIII⁹⁰, que luego de romper con la Iglesia católica⁹¹ en homenaje a sus propios intereses, no toleró allí la presencia de inquisidores dominicos.

Tan simple cuan tangencial razón explica el por qué Inglaterra nunca conoció el método inquisitivo de enjuiciamiento y el por qué del apego al método acusatorio a pesar de ser conocido el autoritarismo real.

Y esto vale hasta hoy: no hay impulso judicial, ni prueba oficiosa, ni intervención de los jueces en la formulación de preguntas a partes y testigos, ni búsqueda denodada de la verdad, etcétera, en todos los países del *common law*⁹².

⁹⁰ (Greenwich 1547, †Westminster 1547). Fue Rey de Inglaterra y de Irlanda (1509-1547).

⁹¹ Gran defensor del Papado, refutó largamente al credo luterano en el terreno doctrinal, lo que le valió el título de *Defensor de la fe*. Hasta su divorcio de Catalina de Aragón, que generó definitiva ruptura con el Papa Clemente VII y el nacimiento de la *Iglesia de Inglaterra*, que lo tuvo como cabeza.

Al tiempo que esto ocurría —*circa* 1533— dicen algunos historiadores que desembarcaron en el Paso de Dover los inquisidores dominicos para investigar y castigar la herejía real.

Obviamente, fueron expulsados con tanta rapidez que no alcanzaron a salir del puerto de arribo cuando ya estaban regresando hacia Calais... Este simple —y curioso— detalle histórico explica satisfactoriamente la razón por la cual jamás pudo entrar el sistema inquisitorio en Inglaterra, a pesar de ser esos años del siglo XVI los de mayor apogeo de la Inquisición española.

⁹² En los miles de historias y desarrollos de pleitos que desde siempre se han filmado en EEUU, Inglaterra, Nueva

Toda esta historia de Inglaterra sería de enorme trascendencia en

4.1.1.1. La Constitución de los Estados Unidos de América

Esta Constitución data del 17 de setiembre de 1787 y, en su texto original de apenas siete artículos, no hace referencia alguna al tema en cuestión pues, en esencia, se limita a organizar el ejercicio del poder.

Pero es bien sabido que dicha Constitución es de estructura *abierta*, lo que permite su eventual modificación por el simple método de agregar *enmiendas*.

Precisamente fue la *Quinta Enmienda*⁹³ — de fecha 15 de diciembre de 1791⁹⁴ — la que, al esta-

Zelanda, Australia, etcétera, ¿se ha visto alguna vez a un juez —o a un jurado— preguntar algo a un testigo, involucrándose así en el litigio?

Si ello ocurriere, todo derivaría hacia una segura nulidad de las actuaciones cumplidas por ese juzgador infiel con la imparcialidad que le debe a su cargo...

⁹³ Su texto original dice así: «No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb, nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use without just compensation»

⁹⁴ Atención: en fecha posterior a la Revolución francesa y a la de la emisión por la Asamblea francesa de la *Declara-*

blecer los derechos de todo ciudadano en las causas penales, dice en su parte pertinente que

«no podrá someterse a una persona dos veces, por el mismo delito, al peligro de perder la vida o sufrir daños corporales; tampoco podrá obligársele a testificar contra sí misma en una causa penal y no se le privará de la vida, de la libertad o de la propiedad *sin el debido procedimiento judicial*».

Similar mandato constitucional figura nuevamente en el texto de la *Decimocuarta Enmienda*⁹⁵, de fecha 9 de julio de 1868, ahora como restricción al poder de los Estados confederados:

«... ningún Estado podrá tampoco privar a persona alguna de la vida, la libertad o la propiedad sin el *debido procedimiento judicial*».

Surge clara así la filiación antiautoritaria de la norma y la originalidad del constituyente americano al establecer la garantía de un *due process of law*⁹⁶ (traducido al castellano como el *debido proce-*

ción de los derechos del hombre del 27 de agosto de 1789. De ahí la importancia de tales acontecimientos en la redacción original de la garantía aquí glosada.

⁹⁵ Su texto original dice así: «*Amendment XIV. Section 1. All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws...*»

⁹⁶ Creo que el sintagma no ha sido bien comprendido por desconocimiento de las modalidades procedimentales vigentes en ese entonces. A mi juicio, el prometido *process of*

so legal) que luego sería norma de rango constitucional en todos nuestros países.

4.1.1.2. La Revolución francesa (1789)

Este acontecimiento sin par produjo importante quiebre histórico en la concepción del mundo civilizado por su carácter total y radical.

A tal punto, que cambió el *eje del ejercicio del poder*, por lo cual se considera que con esta Revolución finalizó la *Edad Moderna* para dar paso a la *Edad Contemporánea*.

Ya suficientemente enriquecida con largo tiempo de negocios ultramarinos, la burguesía parisina de fines del siglo XVIII pretendió equipararse a los dueños de la tierra, hasta entonces fuente única de poder.

law se opona al *process of equity* que se practicaba desde antaño tanto en Inglaterra como en sus colonias por medio de arbitradores que fallaban *en conciencia* (de la misma forma que lo hacen los integrantes de un Jurado) y que, por tal razón, no se atenían a leyes vigentes con anterioridad al hecho del juzgamiento (igual hacen hoy los arbitradores).

De donde resulta la manifiesta importancia de la garantía: aseguró un procedimiento *regulado previamente* por el legislador que, así, evitaba sorpresas a los litigantes producidas por capricho del juzgador durante el curso del debate dialéctico. De esta forma, nada se dejaba librado al sentir de algún arbitrador sino que se exigía desde el propio texto constitucional un procedimiento vigente en forma previa y al cual debían ajustarse estrictamente todos los sujetos procesales: juez y partes del litigio.

Para ello, intentó gozar de idéntico tratamiento impositivo que la nobleza. Al no conseguirlo, azuzó adecuadamente al pueblo de París y al campesinado francés, harto ya del absolutismo de Luis XVI⁹⁷ y se logró la *Toma de la Bastilla*⁹⁸, a partir de la cual comenzó a escribirse de nuevo la historia.

Pasó bastante tiempo para que los nuevos estamentos se acomodaran, lográndose finalmente la completa abolición del feudalismo.

Para fundar un nuevo régimen jurídico que diese a la burguesía dominante las garantías que reclamaba insistentemente, el 26 de agosto de 1791 la Asamblea —convertida entonces en máximo órgano de poder— sancionó la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, que proclamó las ideas de libertad, igualdad y fraternidad, la inviolabilidad de la propiedad y la legitimidad de la resistencia a la opresión.

De ahí que es importante ver cómo influyó todo esto en

⁹⁷ * Versalles, 1754, †París, 1793.

⁹⁸ El 14 de julio de 1789, las masas parisinas se sublevaron y se apoderaron de la Bastilla, prisión que era el símbolo máximo del absolutismo real. Los insurrectos utilizaron para identificarse durante las escaramuzas una escarapela con tres colores —blanco, rojo, azul— que luego se convirtieron en *símbolo de libertad*. Tanto es así que casi todos los países americanos los utilizaron de una u otra manera para formar sus banderas patrias.

4.1.1.3. Las ideas de libertad en América

Parece claro que, jurídicamente, la *Revolución Francesa* y la *Declaración de los derechos del hombre* influyeron en forma directa en la legislación americana posterior, gracias a la enorme trascendencia tangencial de las obras de Montesquieu, Voltaire, Rousseau y Diderot y su *Enciclopedia*⁹⁹, que se extendieron en forma vertiginosa por todo Occidente y fueron decisivas para la creación del movimiento libertario de América del Sur.

A tal punto ello es cierto que todas las Constituciones que se dictaron en nuestra región durante la primera mitad del siglo XIX fueron fiel reflejo de ese pensamiento y, en lo judicial, seguidoras de la idea referida al *debido proceso*, aunque casi ninguna lo menciona con esa denominación.

Veamos, como ejemplo de ese aserto, qué ocurrió con

4.1.1.4. La Constitución argentina

La sancionada en el año de 1853 es un ejemplo absoluto de texto constitucional liberal y no autoritario pues es el reflejo del pensamiento triunfante en larga lucha contra implacable tiranía¹⁰⁰.

⁹⁹ Esta magna obra dirigida por Diderot ha pasado a la historia como importante instrumento de lucha ideológica y expresión intelectual de los llamados *filósofos* del siglo XVIII en Francia.

¹⁰⁰ Obviamente, me refiero a la del *Restaurador de las Leyes*, Brigadier General don Juan Manuel de Rosas.

Su fuente inmediata fue el *Proyecto*¹⁰¹ de Juan Bautista Alberdi que transcribo en nota a pie de página y su texto final poco difirió de él ya que lo copió en gran parte.

¹⁰¹ Este *Proyecto*, natural consecuencia de las *Bases* que escribiera el mismo autor, es el fiel reflejo de las ideas dominantes en la época, por lo que considero importante presentarlo a continuación toda vez que su contenido normativo no puede ser más liberal. Veamos: estableció en su artículo 19 que

- «nadie puede ser condenado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso;
- ninguno puede ser juzgado por comisiones especiales ni sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa;
- nadie puede ser obligado a declarar en contra de si mismo;
- no es eficaz la orden de arresto que no emane de autoridad revestida del poder de arrestar y se apoye en una ley;
- el derecho de defensa judicial es inviolable;
- afianzado el resultado civil de un pleito no puede ser preso el que no es responsable de pena aflictiva;
- el tormento y los castigos horribles quedan abolidos para siempre;
- quedan prohibidos los azotes y las ejecuciones por medio del cuchillo, de la lanza y del fuego;
- las cárceles húmedas, oscuras y mortíferas deben ser destruidas;
- la infamia del condenado no pasa a su familia».

Y el artículo 20 estableció ejemplarmente que

- «las leyes reglan el uso de estas garantías de derecho público. Pero el Congreso *no podrá dar ley que, con ocasión de reglamentar u organizar su ejercicio, las disminuya, restrinja o altere en su esencia*».

Veamos ahora su artículo 18 que coincide con el texto correspondiente al cuerpo normativo sancionado en el año de 1994¹⁰²:

«Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa.

Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente.

Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos.

El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación.

Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes.

Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice».

En la misma tónica se encuentran otras normas que también son leyes vigentes en la Argentina.

A título de ejemplo, cito a:

a) la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948), cuya normativa dice:

«Artículo XVIII. Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual

¹⁰² La Constitución fue promulgada mediante Ley N° 24.430 en el *Boletín Oficial* del 10 de enero de 1995.

la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente».

«*Artículo XXII.* Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquiera autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución».

«*Artículo XXV.* Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes. Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil. Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad».

«*Artículo XXVI.* Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable. Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en *forma imparcial y pública*, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas».

b) la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 a (III) del 10 de diciembre de 1948), cuya normativa dice:

Artículo 5. «Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes».

Artículo 8. «Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la ley».

Artículo 9. «Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado».

Artículo 10. «Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal».

Artículo 11.

«1) Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

2) Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito» y

c) la Convención Americana sobre Derechos Humanos conocida como Pacto de San José de Costa Rica (del 22 de noviembre de 1969), cuya normativa dice sobre el tema en cuestión:

Artículo 8. Garantías judiciales.

«1) Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2) Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según

la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigo o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3) La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4) El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5) El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia».

Artículo 9. Principio de legalidad y retroactividad.

«Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello».

Artículo 10. Derecho a indemnización.

«Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial».

Artículo 25. Protección judicial.

«Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales».

Como se ve, tanto la Constitución como todas las leyes internacionales que se han aceptado como propias consagran un método de enjuiciamiento

absoluta y definitivamente liberal y no autoritario como el *inquisitivo-nazi-fascista-soviético* que tanto sigue deslumbrando al procesalismo civil de América latina.

4.1.1.5. La Constitución política colombiana

En términos similares a los de la argentina, esta Constitución de 1991 y reformada en 2001, da por sentada la garantía del *debido proceso* al así mencionarla en su art. 29:

«Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes pre-existentes al acto que se le imputa ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio... Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable... Es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso...»

En términos similares están redactadas las garantías contenidas en los arts. 30, 31, 32, 33, 34 y 35.

Veamos ahora qué ha pasado en

4.1.1.6. La legislación argentina

Creo imprescindible insistir en que, cuando la Constitución de 1853 se insertó en el plexo normativo argentino, toda la legislación procesal vigente era de *neto corte autoritario* a consecuencia de haber mantenido el país hasta entonces las leyes procedimentales de la Colonia que, obvio es decirlo, repetían acá las vigentes en España.

Parece claro que si ese régimen era inquisitivo —lo contrario al método de juzgamiento consagra-

do en la Constitución en orden a los precedentes que se tuvieron en cuenta al momento de redactarla— la nueva norma de rango superior debió producir la inmediata abrogación de toda ley procedimental que se le opusiera.

Esto no ocurrió y se ignora el por qué.

Pero lo cierto es que la ley incompatible siguió rigiendo ininterrumpidamente y, peor aún, se hizo más autoritaria a medida que España —que carecía de texto constitucional como el de los vigentes en América— endurecía su sistema de enjuiciamiento, tal como lo he explicado en páginas anteriores.

Ya he mencionado antes lo que pasó en la Argentina durante el siglo XIX.

Resta agregar a ello que la situación es absolutamente incomprensible en un sistema judicial con control de constitucionalidad difuso: cuesta creer que ningún juez argentino haya detectado jamás tan claro divorcio entre la Constitución (libertaria) y la ley procesal (autoritaria) y decidiera declararla inconstitucional...

Cuadra recordar ahora que durante el siglo XX —y, paradójicamente, en la reforma operada en este siglo XXI¹⁰³— no ha habido en el país cuerpo normativo alguno que adoptara plenamente el sistema dispositivo en el campo de lo civil y, excepcionalmente, algunas leyes aisladas en el campo penal, a las cuales me referiré luego.

¹⁰³ Se trata de la Ley n° 25.488, publicada en el Boletín Oficial del 22.11.2001.

4.2. *La descripción del método acusatorio de debate*

Es un método bilateral en el cual dos sujetos naturalmente desiguales discuten pacíficamente en igualdad jurídica asegurada por un tercero imparcial que actúa al efecto en carácter de autoridad, dirigiendo y regulando el debate para, llegado el caso, sentenciar la pretensión discutida.

Es valor entendido por la doctrina mayoritaria que un proceso se enrola en el sistema dispositivo cuando las partes son dueñas absolutas del impulso procesal (por tanto, ellas son quienes deciden cuándo activar o paralizar la marcha del proceso), y son las que fijan los términos exactos del litigio a resolver afirmando y reconociendo o negando los hechos presentados a juzgamiento, las que aportan el material necesario para confirmar las afirmaciones, las que pueden ponerle fin al pleito en la oportunidad y por los medios que deseen.

Tal cual se ve, priva en la especie una filosofía absolutamente liberal que tiene al propio *particular* como centro y destinatario del sistema.

Como natural consecuencia de ello, el juez actuante en el litigio carece de todo poder impulsorio, debe aceptar como ciertos los hechos admitidos por las partes así como conformarse con los medios de confirmación que ellas aportan y debe resolver ajustándose estrictamente a lo que es materia de controversia en función de lo que fue afirmado y negado en las etapas respectivas¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Por tanto: si las partes aceptan de consuno un hecho y, así, tal hecho está fuera del litigio, el juez debe aceptarlo aun-

Este antiguo sistema de procesamiento es el único que se adecua cabalmente con la idea lógica que ya se ha dado del *proceso*, como fenómeno jurídico irreplicable que une a tres sujetos en una relación dinámica.

Pero no sólo al litigio puramente civil se aplicó este sistema en el pasado remoto: existen noticias que muestran a este fenómeno respecto de la materia penal en las antiguas repúblicas de Grecia y en la misma Roma, en la época de los Comicios.

Y es que la primitiva concepción del juicio penal exigía que fuera iniciado por un *acusador* (ya que prevalecía el interés particular del ofendido y sus parientes) quien actuaba contra el reo ante la persona que oficiaba como juzgador.

Tanto es así que lo que hoy podría llamarse *proceso penal común* fue *acusatorio* desde antes del Siglo XII en numerosos países de Europa.

Para la mejor comprensión del tema en estudio, cabe recordar que el sistema *dispositivo* (en lo civil) o *acusatorio* (en lo penal), se presenta históricamente con los siguientes rasgos caracterizadores:

- el proceso sólo puede ser iniciado por el particular interesado. *Nunca por el juez*;
- el impulso procesal sólo es dado por las partes. *Nunca por el juez*;
- el juicio es *público* salvo casos excepcionales;
- existe paridad absoluta de derechos e igualdad de instancias entre actor (o acusador) y demandado (o reo)

que no le guste y le conste que no coincide con lo verdaderamente acaecido en el plano de la realidad social.

- y el juez es un tercero que, como tal, es *imparcial* (no parte), *imparcial* (no interesado personalmente en el resultado del litigio) e *independiente* (no recibe órdenes) de cada uno de los contradictores. Por tanto, el juez es persona *distinta* de la del acusador;
- no preocupa ni interesa al juez la búsqueda denodada y a todo trance de la *verdad real* sino que, mucho más modesta pero realísticamente, procura lograr el mantenimiento de la paz social fijando hechos litigiosos para adecuar a ellos una norma jurídica, tutelando así el cumplimiento del mandato de la ley;
- nadie intenta lograr la *confesión* del demandado o imputado, pues su declaración es un *medio de defensa y no de prueba*, por lo que se prohíbe su provocación (absolución de posiciones o declaración indagatoria);
- correlativamente exige que, cuando la parte desea declarar espontáneamente, lo haga sin mentir. Por tanto, castiga la falacia¹⁰⁵;
- se prohíbe la tortura;
- el imputado sabe siempre de qué se lo acusa
- y quién lo acusa
- y quiénes son los testigos de cargo;

¹⁰⁵ No como ocurre en los países de América, en los que la declaración ante el juez muestra una suerte de divertido deporte de las partes procesales, en absurda posición de descarada mentira. Claro está, esto se hace por indebida interpretación de la garantía constitucional que establece que nadie está obligado a declarar en contra de si mismo...

- etcétera.

A mi juicio, todo ello muestra en su máximo grado la garantía de la plena libertad civil para el demandado (o reo). Pronto volveré sobre el tema.

4.3. La aplicación del método acusatorio en la Argentina

Poco —en rigor, casi ningún— auge ha tenido este método de enjuiciamiento en el país¹⁰⁶.

Veamos:

4.3.1. En lo penal

Desde siempre todo juzgamiento se hizo con irrestricto apego al sistema inquisitivo, en todas las provincias y respecto de todos los delitos y faltas¹⁰⁷.

En fecha relativamente reciente se instrumentó el método acusatorio en algunas Provincias, cual las de Buenos Aires (por ley n° 11.922, B. O. de fecha 23/01/1997) y Córdoba (por ley n° 8.123 B. O. de fecha 16/01/1992), donde peligra su vigencia por muchas razones: entre otras, por la ineficacia que muestran en su aplicación los jueces del antiguo

¹⁰⁶ Claro está, no funciona con nuestra vocación autoritaria...

¹⁰⁷ Particularmente, me refiero a los delitos que se sancionan con pena privativa de la libertad menor a un cierto número de años (dos o tres, según el lugar) y que competen a la *justicia correccional* y, por supuesto, a las *faltas*, de competencia de la *justicia de faltas*. En ambas, es el mismo juez quien desencadena el proceso, imputa, investiga, prueba y juzga!

sistema inquisitivo, hoy encargados de instrumentarlo sin previa y adecuada formación.

4.3.2. *En lo civil*

En este campo no hay ley argentina que consagre el sistema dispositivo puro.

Dicen los autores que, aquí, el método que se aplica es *predominantemente dispositivo* con algunos leves retoques del *sistema inquisitivo*. Y a esto lo llaman *sistema mixto*, al que me referiré casi de inmediato.

Sistema <i>acusatorio</i> (o dispositivo)	Sistema <i>inquisitivo</i>
1- el proceso se inicia sólo por <i>acción</i> del interesado	1- el proceso se inicia por <i>acción</i> (acusación), por <i>denuncia</i> o de <i>oficio</i>
2- el impulso procesal lo efectúan <i>los interesados</i> , no el juez	2- el impulso procesal es efectuado <i>por el juez</i>
3- el acusado (o demandado) <i>sabe</i> desde el comienzo quién y por qué se lo acusa (o demanda)	3- el acusado (o demandado) <i>no sabe</i> desde el comienzo quién ni por qué se lo acusa (o demanda)
4- el acusado <i>sabe</i> quién es el juez	4- el acusado puede <i>no saber</i> quién es el juez
5- el proceso es <i>público</i> , lo que elimina automáticamente la posibilidad de tormento	5- el proceso es <i>secreto</i> , lo que posibilita el tormento

Pero antes, creo menester efectuar una comparación paralela entre los sistemas extremos.

A este fin presento el recurso docente de insertar el siguiente cuadro comparativo:

Como se ve, la figura central del sistema inquisitivo es el propio Estado (el juez), lo que revela por sí solo su carácter *totalitario*.

En cambio, el eje central del sistema *dispositivo* es el *hombre* actuando en calidad de litigante.

¿Hace falta que insista en la afirmación que he hecho *supra* acerca del irreconciliable divorcio que existe entre la Constitución y la ley?

Tanto es así que, para terminar, debo recordar que *todos* los gobiernos autoritarios que hubo en la Argentina desde el año de 1930 hasta el de 1983¹⁰⁸, *derogaron la Constitución nacional o la subordinaron a Reglamentos y Estatutos Revolucionarios*.

Paradojalmente, en cambio, *todos ellos mantuvieron vigentes las leyes procedimentales que toleraban sus actuaciones autoritarias*.

No se piensa, acaso, que el *secreto del sumario*, la *declaración indagatoria*, la recurrente *actuación oficiosa*, etcétera, concurrieron en alguna medida al genocidio de miles de argentinos...?

¹⁰⁸ Me refiero a los encabezados por el General Uriburu (1930), por el General Ramírez (1943), por el General Farrell (1944), por el General Aramburu (1955), por el Dr. Guido (tras de quien se escondían varios Generales) (1962), por el General Onganía (1966) y por el General Videla (1976).

¿Hubiera sido todo ello posible en un régimen procesal apegado al texto de la Constitución¹⁰⁹?

Ruego al lector dar honesta respuesta intelectual y moral a estos interrogantes.

Y si se me contesta —tan sólo— que *pudo ser posible* que el método perverso coadyuvara a tan atroz resultado, me daré por satisfecho con la demorada exposición hasta aquí realizada y me venceré aún más de que debe legislarse para la *generalidad de los posibles juzgadores* y no sólo para *los buenos que hoy se cuentan por montones...*

Veamos, por fin, el *sistema mixto*.

5. EL SISTEMA MIXTO

De la comparación efectuada en el punto anterior puede colegirse con facilidad que los sistemas dispositivo e inquisitivo son franca y absolutamente antagónicos y que, por razones obvias, no puede hablarse seriamente de una suerte de *convivencia* entre ellos, aunque resulte aceptable que puedan alternarse en el tiempo conforme a distintas filosofías políticas imperantes en un lugar dado.

¹⁰⁹ En rigor de verdad, ello no ha sido posible en la Argentina desde 1930 en adelante y, particularmente, desde 1943. Cabe recordar aquí que las legislaciones de todos los totalitarismos europeos fueron desmanteladas con la pérdida de las respectivas guerras que sufrieron en diferentes épocas (por ejemplo, después de Nürenberg, no quedó una sola ley nazi en Alemania). El totalitarismo argentino no sufrió la pérdida de una guerra de conquista o de venganza, en las cuales los vencedores se preocupan por desarticular el sistema legal del vencido. Cual acaba de pasar en Irak.

Así es como *disposición e inquisición* aparecen siempre en la historia judicial, a la manera de poderosos partidos políticos, como bandos contrapuestos que ganan más o menos adeptos según las circunstancias, que gobiernan alternadamente, que se soportan de manera recíproca, que simulan no pocas veces que hasta pueden llegar a convivir pacíficamente.

Tanto es así, que al escuchar el comentario de los autores acerca de cualquier código, es habitual que indiquen que es *predominantemente dispositivo con algunas pautas inquisitivas* o, por lo contrario, que es *fundamentalmente inquisitivo, con algunos rasgos dispositivos*.

Si se me dispensa el seguir con la metáfora política, es sencillo afirmar que, tal como acontece en esa área, se considera habitualmente —por autores y legisladores— que *disposición e inquisición* son posiciones *extremas* que, como tales, resultan negativas y disvaliosas.

De allí que, desde antaño, abunden los *centristas*, embarcados en la tarea de lograr un adecuado equilibrio entre las posiciones antagónicas.

No resulta difícil advertir que la tenacidad de estos predicadores ha fecundado prolíficamente en el pensamiento de los más eximios procesalistas americanos¹¹⁰; a fuerza de una empecinada reiteración, esa idea de *equilibrio*, de *saludable medio* entre los dos extremos, se ha convertido en una es-

¹¹⁰ Si bien se mira la cuestión, se presenta en la especie una suerte de *síndrome de Estocolmo*.

pecie de *dogma* que hoy adoptan casi todos los ordenamientos del continente.

Para constatarlo, basta con leer la *Exposición de Motivos* de la mayoría de los códigos procesales: como máxima virtud, se señala habitualmente que el respectivo cuerpo legal, «a la par que mantiene valiosas pautas dispositivas, no deja de recoger los no menos valiosos aportes del sistema inquisitivo...»

Con ello nace lo que se conoce como *sistema mixto*, que ostenta caracteres propios de cada uno de los ya mencionados.

Por supuesto —y surge sólo de la simple lectura de los anteriores párrafos— no son exactas las afirmaciones de la doctrina, pues *disposición* e *inquisición* son posiciones que generan sistemas de procesamiento *incompatibles* en su esencia.

Por eso es que *no es factible concebir racionalmente el sistema mixto*.

No ocurre otro tanto con las *reglas técnicas* que indican cómo procesar, que pueden llegar a combinarse en el tiempo.

Y hago la advertencia pues lo que vengo explicando hasta ahora no es una simple regla para instrumentar el método de debate; más que ello, es la representación en el proceso de filosofías políticas antagónicas que no pueden coexistir sino a riesgo de una simple y deplorable *incoherencia sistémica*.

Para persuadir sobre la exactitud de esta solitaria afirmación —que algunos autores pueden considerar extravagante— recurro a un ejemplo cualquiera: piénsese en un cuerpo legal que contenga normas claramente dispositivas en materia de confirmación de afirmaciones.

Supóngase que, al mismo tiempo, tal normativa consagre una sola norma que, bajo el inocente título de *medidas para mejor proveer o resolver* otorgue al juez amplísimas facultades para ordenar de oficio cualquiera diligencia conducente a la investigación de la *verdad real* acerca de los hechos litigiosos, con prescindencia de su aceptación por las partes.

En este caso, no dudo de que abundarían los más elogiosos comentarios: se hablaría del adecuado equilibrio de la norma pues, al estatuir conforme a las pautas tradicionales en materia de confirmación, recoge las ideas más avanzadas, que concuerdan en entregarle al juez una mayor cantidad de poderes en orden al mejor y más auténtico conocimiento de los hechos... etcétera.

Afirmo que tal comentario es incoherente.

Baste una sencilla reflexión para justificar este aserto: la norma que le confiere al juez la facultad de acreditar por sí mismo un hecho litigioso, ¿no tiene la virtualidad de tirar por la borda toda la regulación dispositiva referente a *cargas, plazos, negligencia, caducidad*, etcétera, en materia de confirmación?

El problema no es novedoso: en la década del 40, dos ilustres tratadistas italianos —Allorio y Satta— sostuvieron ardorosos coloquios respecto de él.

Si quiere extractarse en una sola frase el fondo político de la polémica, hay que imaginar que cualquier hombre común ha de interpretar las posiciones antagónicas a base de este pensamiento: mientras uno de los autores nombrados piensa que

«los tribunales están instituidos para que Pedro pueda obtener la condena de Juan al pago de lo que le debe»;

el otro cree que

«Pedro debe accionar ante los jueces del Estado para que éste pueda alcanzar su fin de condenar a Juan al pago de lo que debe».

Sobre esta idea se ha advertido con agudeza que

«los litigios no son tales o no interesan al Estado sino en cuanto trascienden al público por la manifestación de uno de los interesados, por lo menos, al pretender que sea resuelto por el juez...

La demanda judicial es el medio por el cual se exterioriza la existencia del conflicto, pues sin ella no hay caso justiciable.

Porque ¿cómo y hasta donde podría el órgano estatal apreciar la necesidad o conveniencia de hacer desaparecer las diferencias que separan a las partes?

¿Se concibe al juez obligando a Juan a devolver el dinero que le debe a Pedro sin que éste lo exija?

Admitir esa posibilidad, además de que echaría por la borda instituciones tales como la donación y la prescripción que el Código Civil regula, importaría trastocar el ordenamiento jurídico que considera al individuo como un ser libre y capaz de conocer sus conveniencias y necesidades».

¿Por qué se ha llegado en la historia al sistema mixto?

A mi juicio, son varias las razones determinantes de la actual coexistencia de sistemas antagónicos: la secular tradición del Santo Oficio y la abundante literatura jurídica que fundamentó y justificó la actuación de la *Inquisición española* durante casi *seiscientos años*, así como la fascinación que el sistema provoca en regímenes totalitarios que, al normar para el proceso, dejan de lado al hombre común para erigir al propio Estado como centro y eje del sistema (recuérdese que nuestra asignatura

es actualmente denominada en muchas partes como *derecho jurisdiccional*).

En la generalidad de la Argentina de hoy se cuenta con normativas procesales fuertemente inquisitivas, tanto en lo penal como en lo civil y, por extensión, en las otras ramas del derecho que cuentan con regulación procedimental.

A riesgo de predicar en el vacío, mantengo la esperanza de revertir este estado de cosas.

Y ello por simples y obvias razones: los constituyentes de 1853 normaron en función de la dolorosa historia vivida en el país hasta entonces, tratando de evitar desde la propia Constitución la reiteración de los errores y las aberraciones del pasado. Buena prueba de ello se encuentra en los artículos 29¹¹¹ y 109¹¹².

Acorde con textos constitucionales vigentes en la época, vuelvo a iterar que la idea que tuvieron de la actividad de procesar no puede ser mas clara, más pura, ni puede concebirse más liberal: acorda-

¹¹¹ CN, art. 29 «El congreso no puede conceder al Ejecutivo Nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, *facultades extraordinarias*, ni la *suma del poder público*, ni *otorgarles sumisiones* o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria».

¹¹² CN. Art. 109: «En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas».

ron la *igualdad ante la ley*, remarcaron la *inviolabilidad de la defensa en juicio*, establecieron el principio del *juez natural* y el del *estado de inocencia*, prohibieron la *condena sin juicio previo* fundado en *ley anterior* al hecho que motivó el proceso, etcétera.

Dentro del espíritu que exhibe la Constitución, todo ello muestra que su meta era —y es— un proceso regulado con las modalidades explicadas hasta ahora: fenómeno jurídico que enlaza a tres sujetos, dos de ellos ubicados en situación de *igualdad* y el otro en la de *imparcialidad* (lo cual ocurre *exclusivamente* en el sistema dispositivo o acusatorio).

De ninguna manera creo que pueda afirmarse, al menos congruente y fundadamente, que todas las garantías constitucionales recién enunciadas rijan dentro del sistema inquisitivo (propio de nuestro proceso penal) pues al posibilitar que sea el propio juez quien inicie de oficio una investigación imputando a alguien la comisión de un delito, por ejemplo y, contemporáneamente, permitir que dicho juez resuelva por sí acerca de su propia imputación, viene a resultar algo obvio: el juez *es juez y parte* al mismo tiempo.

Y hasta el menos avisado puede advertir que lo que ello genera no es un proceso (de tres) sino un simple procedimiento que une sólo a dos sujetos: el juez-acusador y el reo.

Insisto reiterativamente y a riesgo de producir hartazgo en el lector: no obstante tal afirmación, que no puede ser desvirtuada con razonamiento lógico jurídico (aunque sí con argumentación política

y caprichosa), la antigua vocación por el totalitarismo que tan persistentemente ha mostrado el legislador argentino, lo ha llevado a dictar regulaciones normativas que, al permitir la coexistencia incoherente de sistemas antagónicos, descartan *per se* la vigencia del *debido proceso* al establecer para un sinnúmero de casos simples procedimientos judiciales a los cuales se les adjudica —indebidamente— la denominación de *procesos*.

Pero como las cosas son lo que realmente son, sin que importe al efecto cómo se las llame, no creo que ello sea suficiente para que se acepte con alegría y buena voluntad un sistema filosóficamente erróneo, políticamente nefasto y jurídicamente inconstitucional.

A esta altura de la exposición, ya habrá advertido el lector la esencia del pensamiento que preside la redacción de esta obra, cuyo eje central es la *acción procesal* y no la *jurisdicción*.

En el Capítulo siguiente veremos cómo influyó el sistema inquisitivo en la elaboración de la doctrina que regula la actividad probatoria en el proceso.

Capítulo IV

LA CONFIRMACIÓN PROCESAL

Sumario:

1. Introducción
2. El concepto de *confirmación* y su relación con el vocablo *prueba*
3. Los problemas filosófico-políticos de la confirmación procesal
 - 3.1. La política legislativa en cuanto a la confirmación procesal
 - 3.2. La actividad del juzgador en la etapa confirmatoria
4. La incumbencia de la confirmación

1. INTRODUCCIÓN

Se ha visto en el Capítulo anterior que todas las leyes argentinas (en rigor, sudamericanas) establecen en forma explícita o subrepticia un sistema de enjuiciamiento claramente inquisitivo en lo penal y notablemente disfrazado de *dispositivismo atenuado* en lo civil.

De ahí que corresponda analizar ahora qué espera ese sistema de sus jueces, a quienes les impone expresa o tácitamente el marco de sus posibilidades funcionales en calidad de *deberes*¹.

Entre ellos y en lugar destacadísimo, el de *averiguar la verdad* de lo acontecido en el plano de la

¹ De extrema gravedad pues el incumplimiento de un deber se sanciona. ¡Qué absurdo sería que comenzare a castigar-se a los jueces verdaderamente imparciales que no admiten ser justicieros más allá del interés de las propias parte en litigio!

realidad social, más allá de lo que los propios interesados (las partes procesales) quieran sostener o confirmar al respecto.

Para eso, aplican sus *facultades-deberes* (?)² de producir oficiosamente la prueba del caso ordenando al efecto *medidas para mejor proveer*.

Para comprender la crítica que haré luego acerca de tales deberes, creo imprescindible detenerme antes en

2. EL CONCEPTO DE CONFIRMACIÓN Y SU RELACIÓN CON EL VOCABLO *PRUEBA*

Al igual que otras muchas palabras que ya he referido anteriormente, el vocablo *prueba* también ostenta carácter multívoco y, por tanto, causa equivocidad al intérprete y extraordinaria perplejidad al estudiante.

En efecto: si castizamente el verbo *probar* significa *examinar las cualidades de una persona o cosa* y su resultado es demostrar la verdad de una proposición referida a esa persona o cosa —y a salvo su tercera acepción vulgar de justificar, manifestar y hacer patente la certeza de un hecho o la verdad de una cosa, con razones, instrumentos o testigos— parece que es, al menos, excesiva la extensión que desde antaño se ha dado en el derecho a la palabra *prueba*.

² *Facultad* es lo que se hace si se quiere. *Deber* es lo que hay que hacer aunque no se quiera. De ahí que parezca inconveniente dar a una actividad una denominación que se compone de vocablos con contenido antagónico.

Y así, se la usa con diversos significados que muestran entre sí claras diferencias sustanciales que no pueden ser toleradas por la inteligencia media.

Una rápida visión panorámica por la doctrina autoral nos muestra que hay quienes asignan a la palabra *prueba* un exacto significado científico (*aseveración incontestable* y, como tal, *no opinable*), en tanto que muchos otros —ingresando ya en el campo del puro subjetivismo y, por ende, de la opinabilidad— hablan de:

- *acreditación* (semánticamente es hacer digna de crédito alguna cosa), y de
- *verificación* (es comprobar la verdad de algo), y de
- *comprobación* (es revisar la verdad o exactitud de un hecho), y de
- *búsqueda de la verdad real*, de *certeza* (conocimiento seguro y claro de alguna cosa), y de
- *convicción* (resultado de precisar a uno, con razones eficaces, a que mude de dictamen o abandone el que sostenía por convencimiento logrado a base de tales razones; en otras palabras, aceptar una cosa de manera tal que, racionalmente, no pueda ser negada), etcétera.

En estas condiciones, haciendo un uso extensivo del vocablo que, así, resulta omnicomprendivo de muchos significados que ostentan diferencias de matices que se exhiben tanto como sustanciales cuanto como levemente sutiles, los códigos mezclan el *medio* (y el *resultado*) de la *prueba pericial*, por

ejemplo, con el medio *confesional*, el *documental* con el *testimonial*, etcétera, y —para mayor confusión— no otorgan paralelamente al juzgador reglas claras para efectuar una adecuada valoración acerca de lo que en realidad puede obtenerse como resultado confiable con cada uno de tales medios, que se muestran siempre harto disímiles entre sí.

Insisto en ello: la experiencia judicial enseña que la *confesión* ha dejado de ser la *prueba por excelencia*³: ¡cuántos padres asumen la autoría de delitos cometidos por sus hijos, confesándola espontáneamente para salvarlos de una segura prisión que admiten cumplir por amor o como deber emergente de la paternidad!⁴

O, inmoralmente, cuántas personas aceptan ir a la cárcel por dinero que le abonan los verdaderos autores de los delitos imputados y que aquéllas confiesen haber cometido en homenaje a concretar un vil negocio!⁵

Y con estos ejemplos de rigurosa actualidad, ¿puede decirse seriamente que esta «prueba» es segura a punto tal de erigirse en la más eficaz de todas las «pruebas» (la *probatio probatissima*)?

El derecho procesal penal acepta desde hace ya muchos años que la confesión no es un verdadero *medio de prueba* —cual lo sostienen alegremente

³ En el Capítulo III vimos cómo nació y cómo adquirió el carácter de *probatio probatissima*.

⁴ Personalmente, conozco más de un caso en que así ocurrió.

⁵ Varios son los casos de los que informa la historia de la mafia estadounidense.

todos los procesalistas civiles— sino un *medio de defensa* que puede o no esgrimir el imputado a su exclusiva voluntad...⁶

Otro ejemplo de la relatividad del «medio probatorio» puede verse en el *testimonio de terceros*: ¿hay algo más cambiante y menos convincente que la declaración de un tercero procesal que muchas veces se muestra teñida de clara o de velada parcialidad?

O, sin llegar a ello, condicionada por o sujeta a un cúmulo de imponderables que resultan por completo ajenos al juzgador?

Para demostrar tal relatividad, recuerdo que en el año de 1880, el codificador procesal de Santa Fe, en la Argentina, legisló inéditamente en norma que todavía sigue vigente:

«La admisibilidad de la prueba testimonial no puede ser objeto de controversias. Los jueces deberán decretar *siempre* el examen de los testigos, sea cual fuere su opinión al respecto»⁷.

¿Y qué decir de la tan fácilmente posible adulteración de documentos escritos o de registraciones fotográficas o visuales, de fotocopias, etcétera?

⁶ Lamentablemente no puede decirse lo mismo en el campo del litigio civil pues allí se mantiene —claro que inconstitucionalmente, como luego se verá— la *confesión provocada* por medio de la absolución de posiciones. Con mayor razón cuando es el propio juez el que *provoca la confesión* pues ello sólo puede darse entre *partes contrarias*.

⁷ ¿Como estaría de desprestigiada esta *prueba* que fue menester ordenarle a los jueces desde la propia ley que no juzgaran acerca de su bondad antes de ordenar su producción!

Como se ve, el tema es de la mayor importancia y exige una adecuada explicación.

En el plano de la pura lógica, cuando una *afirmación* cualquiera (el cielo es azul, por ejemplo) es *contestada* (negada: por ejemplo, el cielo no es azul) por alguien, pierde de inmediato la calidad de *verdad definitiva* con la cual pudo ser expresada y se convierte, automáticamente, en una *simple proposición* que requiere ser *demostrada* por quien desee sostenerla⁸.

No puede escapársele al lector —dados los alcances de la ciencia actual— que, por otra parte, *existen afirmaciones científicas definitivamente incontestables*: por ejemplo, la existencia de la *ley de gravedad*, la rotación del planeta alrededor del sol, etcétera⁹.

Adviértase que si se lanza un objeto hacia el cielo, por ejemplo, inexorablemente caerá: una o un millón de veces (en rigor, tantas cuantas se arroje el objeto).

⁸ Eso es, precisamente, la consecuencia de enfrentar una *tesis* con una *antítesis*.

⁹ Cuántas cosas se han superado después de la absurda muerte de Giordano Bruno, mártir de la libertad ideológica: fue sacrificado en el *Campo dei fiori* por el oscurantismo medieval en el año de 1600 por desconocer y contradecir la afirmación de Tolomeo que, repitiendo la teoría aristotélica, sostenía que la Tierra era el centro del universo y que un ángel la hacía girar sobre su propio eje cada veinticuatro horas en tanto que a su alrededor daban vueltas el sol y los demás planetas entonces conocidos. El delito de Bruno, por el cual fue condenado por la Santa Inquisición, consistió en sostener que el Sol era el centro del universo...

Esto permite la formulación de una *ley física* cuya existencia se probará *siempre*, en *todo tiempo*, en *todo lugar* y por *toda persona*, sin admitir jamás la posibilidad de la coexistencia de opiniones encontradas acerca de ella, pues el estado de la ciencia no lo admite.

Lo mismo ocurre, por ejemplo, si se desea verificar el movimiento de la Tierra: Galileo Galilei ya no podría tener contestatarios¹⁰...

¹⁰ En el año de 1635, el gran catedrático de matemáticas de la Universidad de Padua fue juzgado por el Tribunal de la Inquisición «convertido a la sazón en el grande y máximo defensor de la fe» por haber sostenido fundadamente la revolucionaria tesis que ya había sostenido el polaco Copérnico, otra vez en franca contradicción con la tesis de Tolomeo.

Vale la pena leer el reconocimiento de *su error* por parte de Galileo, pues ello posibilita la plena comprensión del problema que estoy relatando y que ya he mencionado largamente y con detalle en el Capítulo 3. Resta agregar que fue firmado de rodillas en el gran salón de la Inquisición y en presencia de todos los Cardenales del Santo Oficio, gracias a lo cual se le perdono la vida y sólo se le condeno a tres años de reclusión y a rezar una vez a la semana los siete salmos penitenciales. El texto con el que cuento de ello es el siguiente:

«Yo, Galileo Galilei, hijo del difunto Vincenzo Galilei, florentino, de edad de setenta años, comparezco ante este Santo Tribunal y de rodillas ante Vuestras Eminencias... juro que siempre he creído, creo y, con la ayuda de Dios, creeré en el futuro todo lo que sostiene la Santa Madre Iglesia Católica, Apostólica y Romana. Mas, dado que tras una prohibición absoluta que me fue impuesta judicialmente por este Santo Oficio para que abandonara por completo la falsa opinión de que el Sol es el centro del mundo y permanece inmovil mientras la Tierra no se halla en el centro

En ambos casos, hay una *prueba científica* acerca de la proposición.

Compare ahora el lector estos resultados incontestables con el que arrojan cuatro testimoniales

y se mueve, y para que no defendiera y enseñara de ningún modo, ni de palabra ni por escrito, dicha doctrina, y tras serme notificado que esa doctrina era contraria a las Sagradas Escrituras, yo escribí e hice imprimir un libro en el que discutía esa doctrina ya condenada, y aduzco en su favor argumentos de mucha fuerza, sin ofrecer a la vez su refutación, y por esta causa el Santo Oficio me ha declarado vehementemente sospechoso de herejía (otra vez la *sospecha vehemente!*), es decir, de haber sostenido y creído que el Sol está en el centro del universo e inmóvil y que la Tierra no está en el centro y se mueve. Por eso, como deseo borrar de las mentes de Vuestras Eminencias y de la de todos los cristianos creyentes esta grave sospecha, que razonablemente habéis concebido contra mí, con sincero corazón y no fingida buena fe, abjuro de los errores y herejías dichos, y los maldigo y detesto, como en general a todas las demás sectas que de algún modo sean contrarias a lo que dice la Santa Madre Iglesia, y juro que en el futuro jamás volveré a decir ni a afirmar nada que pudiera dar origen a similares sospechas. Al contrario, lo denunciaré ante este Santo Oficio o al Inquisidor Ordinario del lugar. Además, juro y prometo cumplir y observar en su integridad cuantas penitencias me sean impuestas y cualesquiera otras que se me impongan por este Santo Oficio. Así Dios me ayude y estos Santos Evangelios que con mi mano toco. Yo, Galileo Galilei, he abjurado, jurado y prometido obligándome a lo que arriba digo y, en prueba de la verdad de ello, con mi propia mano suscribo el presente documento de mi abjuración, que he recitado palabras por palabra en Roma, en el Convento de Santa Maria Supra Minerva, en este día del 22 de junio de 1633».

La historia cuenta que, al retirarse del lugar y visiblemente alterado por lo que acababa de hacer, golpeó el piso con su pie y exclamó: *jeppure, si muove!* (¡Y, si embargo, se mueve).

acerca de un mismo hecho: la experiencia judicial demuestra hasta el hartazgo que, aun si los testigos obran de buena fe, darán versiones distintas y, muchas veces, claramente antagónicas (recuerde el lector la magnífica obra de Marco Denevi «*Rosaura a las 10*»¹¹ y comprobará cuán exacta es esta afirmación).

Y es que, además de que cada testigo *es él y sus propias circunstancias* (su salud, su cultura, su educación, su inteligencia, su agudeza mental y visual, su poder de observación, etcétera), resulta que un testigo puede ver un hecho desde un ángulo diferente al que ocupa otro para ver el mismo hecho.

Esto es corriente en el ámbito judicial cuando —desde cuatro esquinas de una misma bocacalle, por ejemplo— cuatro personas presencian un accidente de tránsito. Interrogadas testimonialmente al respecto, presentarán siempre versiones que pueden ser muy diferentes y que —esto es importante de destacar— pueden ser *todas reales* aunque luzcan antagónicas.

Y es que son *subjetivamente* reales, toda vez que en tanto uno vio el choque desde el norte, por ejemplo, otro lo vio desde el sur.

Y parece obvio señalar que, en tales circunstancias, ambos testigos vieron de verdad cosas realmente diferentes.

Esta enorme diferencia conceptual existente entre los diversos «medios de prueba» hace que la más

¹¹ La novela está diagramada sobre la base de distintos testimonios, ninguno de los cuales concuerdan entre sí.

moderna doctrina se abstenga de utilizar dicha palabra *prueba* y prefiera el uso del vocablo *confirmación* (significa *reafirmar su probabilidad*): en rigor, una afirmación negada se *confirma* con diversos medios que pueden generar *convicción* (no *certeza* o *crédito*) a un juzgador en tanto que no la generan en otro.

De tal modo, no necesariamente se confirma siempre con prueba científica (o prueba propiamente dicha) que no admite opinabilidad alguna.

Ya se verá más adelante cuántas implicaciones técnicas tiene la adopción de la palabra *confirmar*, dándole a ella el amplio sentido que en el derecho ha tenido hasta ahora la palabra *probar*.

3. LOS PROBLEMAS FILOSÓFICO-POLÍTICOS DE LA CONFIRMACIÓN

Varios y disímiles son los problemas que muestra el tema cuando se pretende conocerlo en toda su extensión.

El primero de ellos —filosóficamente, el más importante y, políticamente, el más contradictorio— se vincula con la asignación del papel que le toca cumplir al juzgador respecto de la actividad de *confirmar los hechos*: se trata de determinar *a priori* —desde la propia ley— cuál debe ser su actuación procesal en cuanto a la búsqueda y captación de los hechos litigiosos.

El segundo de los problemas aludidos tiene que ver con los *deberes* y *facultades* que los jueces *deben* o *pueden* ejercitar durante el desarrollo de la etapa confirmatoria.

Los trataré a continuación.

3.1. La política legislativa en cuanto a la confirmación procesal

Analizando la actividad que debe cumplir el juzgador en la etapa confirmatoria (o *probatoria*, en el lenguaje habitual), la doctrina y las diferentes leyes han establecido parámetros muy disímiles en orden a la filosofía que inspira al legislador de una normativa dada.

En otras palabras: son distintas las respuestas que pueden darse en cuanto a la tarea que debe cumplir el juzgador en la etapa confirmatoria, debatiéndose acerca de si le toca

- *verificar* los hechos, o bien si debe
- *comprobarlos*, o
- *acreditarlos*, o
- *buscar la certeza de su existencia* o
- *la verdad real de lo acontecido en el plano de la realidad* o, más simplemente,
- contentarse con lograr una mera *convicción* acerca de los hechos controvertidos en el litigio (advierta el lector la correspondencia existente entre estas posibles actividades y las referencias efectuadas en cuanto al concepto de prueba en el número anterior).

Por cierto, entre cada una de estas tantas inocentes palabras —que se presentan como equipolentes en el lenguaje diario— existe diferencia sustancial.

En rigor, un mundo de distancia que separa inconciliablemente a quienes practican el *autoritarismo*¹² *procesal* (clara muestra de *totalitarismo político*) —que los hay, y muchos— de quienes sostienen que el proceso no es *medio de opresión* sino que es *garantía de libertad* en un plano constitucional.

Esta dicotomía no es novedosa, ya que tiene profundas raigambres en la historia, tanto antigua como reciente.

En la actualidad, los bandos antagónicos se hallan claramente configurados: *decisionistas* y *garantistas*, tal como se verá en los Capítulos siguientes.

3.2. La actividad del juzgador en la etapa confirmatoria

El tema merece una aclaración previa: en toda esta obra, el capítulo que aquí desarrollo es el que mejor permite explicar cómo se ha llegado a una situación de crudo enfrentamiento doctrinal, toda vez que ahora cabe definir y ampliar o limitar la actividad de los jueces en cuanto a la tarea de confirmar procesalmente.

Para que se entienda cabalmente el tema, es menester recordar muy brevemente la historia de los sistemas de enjuiciamiento vigentes en el mundo y que expliqué con anterioridad.

¹² Se entiende por *autoritario* lo que se funda o apoya exclusivamente en la autoridad. Pero también refiere al que abusa de su autoridad o la impone a todo coste. De donde viene *autoritarismo*, que menciona al abuso de autoridad o a la exigencia de sumisión total a ella.

Durante casi toda la historia del Derecho —en rigor, hasta la adopción irrestricta del *sistema inquisitivo* como perverso método de enjuiciamiento, admitido políticamente y justificado filosófica y jurídicamente durante casi ¡seiscientos años!— se aceptó en forma pacífica y en todo el universo entonces conocido que al juzgador —actuando dentro de un sistema *dispositivo*— sólo tocaba establecer en su sentencia la *fijación de los hechos* (entendiéndose por tal la definición de aquéllos acerca de los cuales logró durante el proceso la *convicción de su existencia*, sin que preocupara en demasía a este sistema si los así aceptados coincidían *exactamente* con los acaecidos en el plano de la realidad social) y, luego, aplicar a tales hechos la norma jurídica correspondiente a la pretensión deducida.

La irrupción del sistema inquisitivo generó entre sus rápidamente numerosos partidarios una acerba crítica respecto de esta *posibilidad de no coincidencia* entre los hechos aceptados como tales en el proceso y los cumplidos en la realidad.

Y esta fue la causa de que la doctrina comenzara a elaborar larga distinción entre lo que los autores llamaron la *verdad formal* (la que surge de la sentencia por la simple fijación de hechos efectuada por el juez a base de su propia convicción) (específica del *sistema dispositivo*) y la *verdad real* (la que establece la plena y perfecta coincidencia entre lo sentenciado y lo ocurrido en el plano de la realidad) (ilusión propia del *sistema inquisitivo*)¹³.

¹³ Últimamente, distinguido docente de Derecho Penal — Caballero, *La Justicia inquisitorial*, ed. 2003)— ha efec-

Por supuesto, la función del juzgador cambia radicalmente en uno y otro sistema:

a) en tanto en el primero el juez sólo tiene la misión de buscar —con clara imparcialidad en su actuación— el otorgamiento de *certeza* a las relaciones jurídicas a partir de las posiciones encontradas de los litigantes (aceptando sin más lo que ellos mismos aceptan acerca de cuáles son los hechos sobre los cuales discuten), con lo que se logra aquietar en lo posible los ánimos encontrados para recuperar la paz social perdida,

b) en el segundo el juez actúa —comprometiendo su imparcialidad— como un verdadero *investigador* en orden a procurar la *Verdad* para lograr con ella hacer *Justicia* conforme con lo que él mismo entiende que es ese valor, convirtiéndose así en

tuado notable aporte a la ciencia procesal, al desentrañar el auténtico sentido histórico de la palabra *real* cuando adjetiva al sustantivo *verdad*.

Utilizando al efecto una óptica diferente a la tradicional, afirma él que en tiempos de las primeras monarquías absolutas no existía el hoy conocido *estado de inocencia* sino sólo una obvia *presunción de culpabilidad* emergente de la mera imputación efectuada por propio rey —con inspiración divina, naturalmente— y que esa afirmación era nada menos que la *verdad real*: la *verdad del rey*, no la afirmación que coincide con la realidad de la vida. Por tanto, la búsqueda de la verdad real por parte del juez que actúa inquisitivamente, tiene el único objeto de hacer coincidir el resultado del objeto investigado con lo querido por el rey.

Tal cual ocurre hoy, sólo que la coincidencia no se produce con el *querer real* sino con la *voluntad del juez que ha efectuado la imputación*!

una rara mezcla del justiciero Robin Hood, del detective Sherlock Holmes y del buen juez Magnaud...

El tema no sólo es fascinante. Es preocupante. Gravemente preocupante.

Quienes aconsejan adoptar legislativamente la figura del *juez investigador* lo hacen partiendo de la base de que la Verdad y la Justicia son *valores absolutos*.

El asunto no es novedoso: el pensamiento griego se ocupó largamente de él al plantear los problemas axiológicos, entre los cuales cabe recordar uno de los de mayor importancia: ¿puede decirse que los valores de la vida *valen por sí mismos*, esencialmente, o, por lo contrario, que valen tan sólo porque *alguien los valora*...?

En otras palabras: los valores, como tales, ¿son *absolutos* o *relativos*? (Una puesta de sol o la *Gioconda*, por ejemplo, ¿son absoluta y esencialmente bellas o son bellas relativamente para mí, que las encuentro bellas, en tanto que pueden no serlo para otro?)

Traído el problema al terreno judicial parece fácil de resolver.

En efecto: piénsese en un juzgador justiciero que, con rectitud y honestidad de espíritu, hace todo lo que está a su alcance para llegar a la *verdad real* de los hechos sometidos a su juzgamiento.

Y, después de ardua búsqueda, cree haber logrado esa verdad —en rigor, *la Verdad*, única y con mayúsculas— y, a base de ella, emite su fallo, por ejemplo, *absolviendo* al demandado o reo.

Adviértase que esta óptica muestra a la Verdad como un valor absoluto. De tal modo, *la Verdad es una e idéntica en todo tiempo y lugar y para todas las personas por igual*.

Piénsese también en que ese fallo es impugnado por el demandante o acusador perdidoso y, así, elevado el asunto a un tribunal superior donde también hay juzgadores justicieros, con igual o mayor rectitud y honestidad de espíritu que el juez inferior.

Imagine ahora el lector que tales juzgadores, después de ardua búsqueda, creen haber llegado por ellos mismos a la *Verdad* —otra vez con mayúscula— que, lamentablemente, no coincide con la que había pregonado el inferior... Y, de tal manera, revocan su sentencia y, en su lugar, *condenan* al demandado o reo.

Y parece obvio destacar que la *segunda Verdad* debe privar por sobre la *primera Verdad*, por simple adecuación lógica del caso a la verticalidad propia de los estamentos que integran el Poder Judicial, en el cual *la Verdad* será sólo la que declare el último juzgador previsto como tal en el sistema de que se trate....

Lo primero que se le ocurrirá al lector —de seguro— es que lógicamente no pueden coexistir *dos Verdades antagónicas* acerca de un mismo tema, a menos que, en lugar de ser *la Verdad*, ambas sean la simple *verdad* de cada uno de los juzgadores (en rigor, *sus verdades*, que pueden o no coincidir con la *Verdad*).

Adviértase que, desde esta óptica, la verdad es un *valor relativo* y, como tal, cambiante en el tiem-

po, en el espacio y entre los diferentes hombres que hablan de ella. Esta aseveración es bíblica¹⁴ y lo que allí se relata está vigente hasta hoy inclusive.

Igual adjetivación puede usarse con el criterio de *justicia*.

De tal modo, lo que es justo para uno puede no serlo para otro o lo que fue justo en el pasado o aquí puede no serlo en el presente o allá.

En otras palabras, hay *tantas verdades o justicias como personas pretenden definirlas* (recuérdese, por ejemplo, que Aristóteles justificó la esclavitud... ¿Quién piensa lo mismo hoy?)¹⁵.

¹⁴ El *Evangelio* de Juan (18, 33-38) relata el siguiente diálogo ocurrido cuando Poncio Pilatos interroga a Jesús privadamente:

«Pilatos entró de nuevo en el Pretorio, llamó a Jesús y le dijo:

—«¿Eres tú el Rey de los judíos?» Jesús respondió:

—«¿Dices esto por ti mismo o te lo han dicho otros de mí?»

Pilatos contestó:

—«¿Es que soy yo judío?

—Tu pueblo y los sumos sacerdotes te han entregado a mí.

¿Qué has hecho?» Jesús le dijo:

—«Mi reino no es de este mundo. Si mi reino fuera de este mundo, mis súbditos lucharían para que no fuese entregado a los judíos. Pero mi reino no es de aquí». Pilatos le dijo:

—«¿Luego, tú eres Rey?»

—«Tú lo dices» respondió Jesús. «Yo soy Rey, yo he nacido y he venido al mundo para esto, para dar testimonio de la verdad; todo el que es de verdad, escucha mi voz». Pilatos le dijo:

—«¿Qué es la verdad?»

¹⁵ Esta afirmación es de total obviedad. Si *verdad* es la exacta correspondencia entre la realidad y el pensamiento, resulta difícil —por no decir imposible— alcanzarla con la sola y pura actividad de razonar.

El problema ejemplificado excede el marco de una explicación lineal del tema. Pero sirve para comprender cabalmente que la *simple posibilidad de que el juzgador superior revoque la decisión del juzgador inferior* muestra que la *verdad* (así, con minúscula) es un *valor relativo*.

Si esto es correcto —y creo firmemente que lo es— ¿cómo puede implementarse un sistema judicial en el cual se imponga al juez actuante *el deber*

Y ello por varias cuestiones que *condicionan* al hombre en esa tarea:

1) *sus sentidos*: quien carece de ellos no tiene la facultad de percibir. Pero, además, los hombres no los tienen desarrollados de idéntica forma, lo que origina diferentes grados de percepción;

2) *su cultura*: la formación intelectual y espiritual que genera una capacidad de conocimiento diferente entre los distintos hombres;

3) *su lenguaje*: la clave de la comunicación humana está en la *lengua*, claro producto social que posibilita la comunicación entre los hombres (repárese en que un individuo puede aprender solitariamente a caminar. Pero no puede hacer lo mismo con el habla). En la actualidad vamos en camino de dejar de entendernos para siempre;

4) *su inteligencia*: nueva obviedad. Es precisamente en este campo donde existen las más extraordinarias desigualdades;

5) *sus pasiones, instintos y deseos e inclinaciones*, todos claros condicionantes de la facultad de percibir;

6) *la sociedad en la cual vive*: el hombre piensa de acuerdo al lugar, al momento y a la gente con la cual convive. Es decir, la cultura general media lo condiciona nueva, severa y definitivamente.

Tan diferentes son las *verdades de los hombres* que Terencio sostuvo que *la verdad engendra el odio*. ... Igual ocurría en *La Celestina* (acto segundo): *mal me quieren mis comadres porque digo las verdades*...

de buscar la verdad real...? ¿Cuál es la lógica de tan imprudente imposición?

Sin embargo, exactamente eso ha ocurrido en casi todas las legislaciones procesales (civiles y penales) del continente con el auspicio de importantes nombres de autores de prestigio que, increíblemente, continúan pontificando acerca de la necesidad de brindar más y mayores potestades a los jueces para buscar esa Verdad, a todas luces inalcanzable...

Soslayando momentáneamente la exposición, debo decir aquí y ahora que ese continuo otorgamiento de mayores facultades a los jueces ha convertido a muchos de ellos en *normadores primarios*, alejándolos del formalismo propio del sistema de la dogmática jurídica, donde deben actuar exclusivamente como *normadores secundarios* (creando la ley sólo cuando ella no está preordenada por el legislador).

Y esto ha traído enorme desconcierto en los justiciables, que se enfrentan no con un sistema que permite prever las eventuales soluciones de los jueces, sino con una suerte de realismo jurídico absolutamente impredecible, en el cual cada juzgador—no sintiéndose vinculado a orden jurídico alguno—hace literalmente lo que quiere... Cual el cadí.

Sentadas estas ideas básicas para la plena comprensión del tema, sigo adelante con su explicación.

Ya se ha visto recurrentemente con anterioridad que la serie procesal comprende cuatro pasos ineludibles: *afirmación, negación, confirmación y alegación* (o evaluación o conclusión).

Se ha visto también que el desarrollo de tal serie sigue un orden estricta y puramente lógico, por lo que resulta *invariable* (no puede comenzar con la etapa de *negación* o con la de *confirmación*, por ejemplo) e *inmodificable* (en orden a mantener los principios que hacen a la existencia del *debido proceso*, no puede eliminarse alguna de dichas etapas, lo que desgraciadamente ocurre en la Argentina, donde se sacrifica la *seguridad jurídica* para lograr — ilusoriamente— mayor *celeridad procesal*..!).

En razón de que el objeto del proceso es la *sentencia*, en la cual el juzgador debe *normar específicamente* (aplicando siempre la ley preexistente o creándola al efecto en caso de inexistencia) el caso justiciable presentado a su decisión, parece obvio señalar que debe contar para ello con un adecuado conocimiento del litigio a efectos de poder cumplir con su deber de resolverlo.

Por cierto, todo litigio parte siempre —y no puede ser de otra manera— de la afirmación de un *hecho* como acaecido en el plano de la realidad social (por ejemplo: le vendí a Juan una cosa, la entregué y no me fue pagada; Pedro me hurtó algo), hecho al cual el actor (o el acusador penal) encuadra en una norma legal (...quien compra una cosa debe abonar su precio; el que hurtare...).

Y, a base de tal encuadramiento, pretende (recuerde el lector que —lógicamente— no puede haber demanda civil ni acusación penal sin pretensión) el dictado de una sentencia favorable a su propio interés: que el juzgador condene al comprador a pagar el precio de la cosa vendida o a cumplir una pena...

Insisto particular y vivamente en esto: no hay litigio (civil o penal) sin *hechos afirmados* que le sirvan de sustento.

De tal forma, el juzgador debe actuar en forma idéntica a lo que hace un historiador cualquiera para cumplir su actividad: colocado *en el presente* debe analizar hechos que se dicen cumplidos *en el pasado*. Pero de aquí en más, las tareas de juzgador e historiador se diferencian radicalmente: en tanto éste puede darse por contento con los hechos de cuya existencia se ha convencido —y, por ello, los muestra y glosa— el juzgador debe *encuadrarlos necesariamente en una norma jurídica* (creada o a crear) y, a base de tal encuadramiento, ha de normar de modo imperativo para *lo futuro*, declarando un derecho y, en su caso, condenando a alguien al cumplimiento de una cierta conducta.

En otras palabras y para hacer más sencilla la frase: el juzgador analiza en el *presente* los hechos acaecidos en el *pasado* y, una vez convencido de ellos, dicta una norma jurídica individualizada que regirá en el *futuro* para todas las partes en litigio, sus sucesores y sustitutos procesales.

Huelga decir, finalmente, que un juez que sale oficiosamente a confirmar (o probar) las afirmaciones que ha hecho una parte procesal y que han sido negadas por la otra, en aras de encontrar la Verdad resplandeciente y final, pertenece por derecho propio a lo más granado del elitismo inquisitorial.

Y este juez es, precisamente, el que se concibe como el paradigma de la tendencia doctrinal que se ha apropiado de nuestros ordenamientos procesales civiles (vía prueba oficiosa o en calidad de medi-

das para mejor proveer) y que, además, busca lograr la meta de la Justicia aun con desmedro del método de discusión.

4. LA INCUMBENCIA DE LA CONFIRMACIÓN (QUIÉN DEBE CONFIRMAR)

Si al momento de sentenciar, el juez ignora a quién debe dar la razón cuando se encuentra con versiones antagónicas entre sí y que han sido esgrimidas acerca de un mismo hecho por ambas partes en litigio, es menester proporcionarle legalmente reglas claras a las cuales deba sujetarse en el supuesto de no lograr convicción acerca de la primacía de una de las versiones por sobre la otra.

Pues bien: el problema de determinar a quién le incumbe aportar al proceso la confirmación de los hechos afirmados por una de las partes y negados por la otra (itero que esos son los *hechos controvertidos*) es tan antiguo como el derecho mismo y ha preocupado por igual a la doctrina y a la jurisprudencia de todos los tiempos.

Parece ser que en los juzgamientos efectuados en los primeros períodos del desenvolvimiento del derecho romano, el pretor o el magistrado —luego de conocer cuáles eran los hechos susceptibles de ser confirmados— convocaba a las partes litigantes a una audiencia para establecer allí a quién le incumbía hacerlo sobre la exclusiva base de *la mejor posibilidad de confirmar* cada uno de los hechos controvertidos.

De aquí en más pesaba en el propio interés particular de cada litigante el confirmar el hecho atri-

buido por el magistrado, so pena de tenerlo por inexistente al momento de sentenciar.

Llegada la oportunidad de resolver el litigio, si el magistrado encontraba que carecía de *hechos* (en rigor de verdad, de confirmación —o prueba— acerca de esos hechos) o de *norma* que pudiera aplicar clara y directamente al caso, pronunciaba una frase que terminaba el proceso dejando subsistente el conflicto que lo había originado.

A este efecto, decía *non liqueat* —no lo veo claro¹⁶— y, por ello, se abstenía de emitir sentencia (si bien se piensa ese *no juzgamiento* es lo que se conoce doctrinalmente con el nombre de *sobreseimiento*).

Pero en algún momento de la historia fue menester cambiar la pauta relativa a la *mejor posibilidad o facilidad de confirmar* pues ella estaba —está— conformada por criterios de *pura subjetividad* y, por ende, de *total relatividad*: adviértase que lo que puede resultar fácticamente sencillo de hacer para uno puede ser imposible para otro.

Cuando el pretor dejó de establecer en cada caso concreto a quién incumbía la tarea de confirmar a base de la facilidad que tenía para hacerlo y se generó una regla de carácter general, la cosa cambió: ahora, la incumbencia de «probar» (confirmar) comenzó a pesar exclusiva y objetivamente en cabeza del propio actor o pretendiente (en rigor, quien había *afirmado el hecho litigioso* y no del que lo había negado, por sencillo que le resultara «probar» lo contrario).

¹⁶ *Nihil habere quod liqueat*: no sacar nada en claro.

Y ello quedó plasmado en el brocárdico *el que afirma, prueba*, de uso judicial todavía en la actualidad.

A mediados del siglo XIX, el codificador argentino advirtió el grave problema que entraña la posibilidad de emitir un pronunciamiento *non liquet* y decidió terminar con ella.

Y así, estableció en el art. 15 del Código Civil que

«Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes».

Otro tanto ha ocurrido en casi todos los países de América latina. Chile, por ejemplo, establece en el art. 24 de su Código Civil:

«En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural».

No obstante tal disposición, el problema se mantuvo idéntico pues la norma transcrita resolvió qué hacer en caso de *carencia de derecho* pero dejó irresuelto el supuesto de *carencia de hechos* o, mejor aún, de *carencia de prueba acerca de esos hechos*.

Y ello porque la regla que establece que *el que afirma es el que debe probar en el proceso* resultó incompleta por su extremada y excesiva latitud¹⁷.

¹⁷ Y es que —como ya se ha visto en el texto— hay hechos que no pueden ser confirmados: cuando yo afirmo en un proceso, por ejemplo, que *soy soltero* y ello es negado por la

Otro tanto ocurre respecto del llamado *hecho negativo*¹⁸.

Ya que, según se ve, el problema no fue resuelto por el codificador, la doctrina procesalista ha debido encarar el tema y buscar su solución a base de pautas concretas y de pura objetividad.

Para ello se han sustentado diversas teorías, defendidas y criticados con ahínco por los estudiosos que se han ocupado del tema.

Y entre ellas, comenzando por reiterar algunas de las ya mencionadas al presentar el problema, se ha dicho que incumbe la carga confirmatoria:

a) al *actor* en todos los casos, pero le otorga esta calidad al *demandado* en cuanto a sus excepciones;

b) a *quien afirma un hecho* y no al que simplemente lo niega;

c) al *actor* respecto de los hechos en que se basan sus pretensiones, y al *demandado* en cuanto los que justifican sus excepciones;

contraparte, no hay forma de acreditarlo. Por lo contrario, podrá hacerse respecto de los otros estados civiles (casado, viudo, divorciado, separado) con la mera exhibición de la partida respectiva, pero nunca de la soltería.

¹⁸ Si yo afirmo que *no soy deudor* o que *el deudor no me pagó* o que *no cometí el delito que se me imputa*, por ejemplo, no puedo confirmarlo de manera alguna pues es imposible percibir directamente lo que no existe.

Y cuando las leyes generan una carga confirmatoria de este tipo, resulta claro que es de *cumplimiento imposible* (alguna doctrina que ha pensado acerca del tema la denomina *prueba diabólica*).

d) a quien alega un hecho anormal respecto del estado habitual de las cosas, ya que la normalidad se presume lógicamente;

e) a quien pretende innovar en una relación cualquiera, entendiendo con ello que lo que se modifica es la normalidad;

f) a cada una de las partes respecto de los presupuestos de hecho de la norma jurídica que le es favorable (esta tesis ha sido recibida y es norma expresa en la mayoría de las legislaciones contemporáneas). En rigor de verdad, si se comprende sistémicamente su significado y no se la deforma para forzar su aplicación, la norma que consagra esta teoría es mas que suficiente para que todo el mundo sepa a qué atenerse;

g) a quien busca lograr un cierto efecto jurídico;

h) a quien en su interés debe ser considerado como verdadero un hecho afirmado;

i) a quien afirma un cierto tipo de hecho, que luego explicaré con detenimiento.

En general, nada de ello ha servido para lograr hacer sencilla la obvia regla de juzgamiento implícita en la determinación de la incumbencia de la carga de confirmar.

Antes bien, todas las tesis reseñadas han sido desinterpretadas por la jurisprudencia generalizada desde hace mucho tiempo, ocasionando a veces con ello un caos evidente que resulta imposible de soportar.

A mi juicio, la mejor forma de explicar el tema se ha logrado a partir de la aplicación de la pauta citada precedentemente en el punto f), generadora de

reglas que cubren todos los supuestos fácticos susceptibles de ser esgrimidos en un proceso, dejando con ello definitivamente erradicada la posibilidad de emitir un pronunciamiento *non liquet*.

Tales reglas indican que debe tenerse en cuenta el tipo de *hecho* que se afirma como sustento del encuadre o implicación jurídica que esgrime el pretendiente en su demanda o quien se defiende en oportunidad de deducir excepciones.

Debe quedar claro ahora que se entiende por *hecho* la acción y efecto de *hacer algo* o, mejor aun, *todo acontecimiento o suceso susceptible de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de un derecho u obligación*.

Así concebido, un hecho puede ser producido por la *naturaleza* (granizo, inundación) o por el *hombre* (contrato, daño).

Reiterando: a los efectos de esta explicación, el *hecho* puede ser:

a) *generador del derecho o de la responsabilidad* que se afirma en la demanda como fundante de una pretensión cualquiera, y

b) *eximente de responsabilidad o demostrativo de la inexistencia o inexigibilidad del derecho* pretendido, que se afirma como fundamento de una excepción cualquiera.

Y, ahora sí, ya se puede explicar que debe confirmar quien alega la existencia de un *hecho constitutivo*, de un *hecho extintivo*, de un *hecho invalidativo*, de un *hecho convalidativo* o de un *hecho impeditivo*, no importando al efecto que sea actor o demandado. Veamos qué es cada uno de ellos.

a) Hecho *constitutivo*:

Es el que sostiene todo pretendiente al imputar responsabilidad civil o demandar la declaración de un derecho con basamento en ese específico hecho del que afirma que emerge el efecto pretendido.

Por ejemplo, se sostiene en la demanda la existencia de un préstamo de dinero que no ha sido devuelto, o la comisión de un ilícito civil generador de responsabilidad aquiliana o penal o, en términos similares, que ha transcurrido el plazo necesario para que la posesión pueda derivar en derecho de propiedad o para declarar la prescripción liberatoria, etcétera.

Caso de *ser negado* el hecho constitutivo, debe ser confirmado por el propio pretendiente y nada debe hacer al respecto el demandado que simplemente lo ha negado.

Si la confirmación es convincente para el juez, ganará el pleito el actor.

Caso contrario, lo perderá sin que el demandado haya realizado tarea alguna al respecto, pues nada le toca hacer;

b) Hecho *extintivo*:

Es el que afirma todo resistente para liberarse de la responsabilidad imputada o de la declaración del derecho pretendido a base del hecho constitutivo, pues implica por sí mismo la inexistencia de tal responsabilidad o derecho.

Por ejemplo, el demandado sostiene al oponer excepciones en la etapa de negación que ha pagado la obligación cuyo cumplimiento le reclama el actor o que la posesión alegada fue interrumpida, etcétera.

Caso de *ser alegado* este tipo de hecho, debe ser acreditado exclusivamente por el propio excepcionante, con lo cual se releva de toda carga confirmatoria al actor respecto del hecho constitutivo alegado por él.

En otras palabras: si el excepcionante afirma haber pagado el mutuo alegado por el actor, debe confirmar dicho pago. Y, nótese bien, en este caso nada debe confirmar el actor en cuanto al hecho constitutivo por él alegado, toda vez que no se justifica lógicamente la afirmación de un pago sin reconocer implícitamente la existencia del préstamo que tal pago extinguió.

Así, toda la tarea confirmatoria pesará en el caso sobre el excepcionante, quien ganará el pleito en el supuesto de lograr la respectiva confirmación y lo perderá en el caso contrario (y, así, ganará el actor aunque nada haya hecho en el campo confirmatorio).

Como se ve y se ratificará luego, en el juego de posibles confirmaciones se trabaja siempre sólo sobre el último hecho afirmado en la cadena de *constitución, extinción, invalidación y convalidación* antes referida;

c) Hecho *invalidativo*:

Es el que afirma todo aquél contra quien se ha opuesto un hecho constitutivo o un hecho extintivo del hecho constitutivo alegado para fundar la respectiva pretensión, que invalida¹⁹ o le resta validez para lograr su cometido.

¹⁹ *Invalidar* es hacer inválida o de ningún efecto alguna cosa.

Por ejemplo: si Pedro sostiene que contrató un mutuo con Juan, afirmando que éste recibió el dinero y que no lo devolvió oportunamente (*hecho constitutivo*) y, a su turno, Juan afirma que pagó a Pedro tal dinero (*hecho extintivo*), el mismo Pedro puede alegar ahora que el pago se hizo indebidamente a un tercero (*hecho invalidativo*) y que, por ende, no lo recibió; por tanto, como quien paga mal debe pagar dos veces, espera ahora la condigna condena a su favor.

Este tipo de hecho debe ser confirmado por quien lo alega. Caso de no hacerlo (y sólo este hecho, ya que el constitutivo se encuentra exento de confirmación —pues es lógico presumir que quien pagó es porque debía— y que el hecho extintivo también está exento de confirmación —ya que si se afirma que el pago es inválido es porque se reconoce el hecho de haber sido realizado—) ganará el pleito el que alegó el último hecho implícitamente aceptado: el del pago, al que se tendrá como existente.

d) *Hecho convalidativo*:

Es el que afirma todo aquél contra quien se ha opuesto un hecho invalidativo de un hecho extintivo de un hecho constitutivo, alegando que la invalidez alegada fue purgada o convalidada²⁰ de alguna manera.

Por ejemplo, si en el caso recién relatado, Juan reconoce haber pagado a un tercero y afirma que, a la postre, éste entregó el dinero al propio Pedro —con lo cual recibió finalmente su acreencia— pare-

²⁰ *Convalidar* es ratificar, confirmar, dar por válido.

ce claro que la invalidez del pago ha quedado convalidada.

De modo similar al expresado antes, aquí Juan habrá de confirmar sólo el hecho convalidativo, quedando todos los demás fuera de la tarea confirmatoria. Y resultará con ello que ganará el pleito si logra hacerlo y lo perderá en caso contrario.

(Sé que a esta altura de la explicación ella se asemeja grandemente a una suerte de extraño trabalenguas. Pero insisto con la buscada repetición de palabras pues creo que de tal forma ayudo a que el lector fije definitivamente el concepto);

e) Hecho *impeditivo*:

Es el que afirma una parte sosteniendo la ausencia en el hecho constitutivo o en el hecho extintivo de alguno de los requisitos generales que son comunes a todas las relaciones jurídicas (por ejemplo, la capacidad de las partes, la libertad con la cual fue expresado el consentimiento —cuando éste es necesario— la existencia de vicios del consentimiento, la ilicitud de la causa obligacional, etcétera) o, también, la existencia de una cuestión de procedibilidad que evita la formación o la continuación del proceso ya incoado.

La carga de confirmar este tipo de hecho pesa exclusivamente sobre la parte que lo invocó.

Con toda esta compleja elaboración para determinar con precisión a quien incumbe la carga de confirmar en el proceso, se ha llegado a establecer desde la propia ley un claro criterio objetivo que indica al juez qué hacer cuando no hay elementos suficientes confirmatorios productores de convicción.

En efecto: si al momento de sentenciar, un juez se encuentra con un caso en el que hay varias declaraciones testimoniales acordes entre sí, un buen peritaje que responde al interrogatorio formulado al efecto y varios documentos que acreditan los hechos litigiosos, el juez falla según la interpretación que haga de la suma de tales medios y, por supuesto, no se pregunta a quién le incumbía la carga de confirmar. No le hace falta hacer esa indagación.

En cambio, si el juez carece de elementos confirmatorios suficientes para que pueda formar su convicción en uno u otro sentido, como no puede ordenar por sí mismo la producción de medio alguno de confirmación y como tampoco puede hacer valer su conocimiento personal del asunto a fallar, recién ahí se interroga acerca de quién debía confirmar determinado hecho y no lo hizo.

Y la respuesta a ese interrogante sella definitivamente la suerte del litigio: *quien debió confirmar su afirmación y no lo hizo*, pierde el pleito aunque su contraparte no haya hecho nada al respecto. Así de fácil.

Comprenderá ahora el lector la enorme importancia del tema en estudio: se trata, simplemente, de facilitar la labor del juez al momento de fallar, otorgándole herramientas que le imposibiliten tanto el pronunciamiento *non liqueat* como su propia actuación confirmatoria, involucrándose con ello personalmente en el resultado del juicio.

Sostuve antes que las reglas de la *carga de la prueba* constituyen, en verdad, directivas para el juzgador, pues no tratan de fijar quién debe asumir

la tarea de confirmar sino *de quién asume el riesgo de que falte al momento de resolver el litigio*.

Sin embargo, este fatigoso y largo esfuerzo para lograr parámetros de pura objetividad a fin de permitir un rápido y seguro juzgamiento de cualquier litigio por un juez que se concreta a mantener la paz social dando certeza a las relaciones de las partes encontradas y asegurando el efectivo cumplimiento de las promesas y garantías brindadas por el constituyente y por el legislador, está siendo dejado de lado en los últimos años.

Al comienzo, y sin entender bien el concepto de *carga*, alguna jurisprudencia la hizo pesar *sobre ambas partes por igual* (!).

Por ejemplo, durante la década de los 60 rigió en la Argentina una ley que congelaba todas las locaciones de inmuebles urbanos e impedía actualizar el monto del alquiler a menos que el inquilino *tuviera suficientes medios de fortuna (u otras propiedades) como para poder pagar un canon liberado*.

Este precepto —que en la jerga tribunalicia se denominó como de *inquilino pudiente*— generó una ola de pleitos en los cuales el actor debía lograr del juez la plena convicción de la *pudencia* del inquilino, cosa que no era fácil de hacer.

Como en rigor de verdad se trataba de una «prueba» *diabólica* por el carácter local de los diversos Registros de Propiedades con que todavía cuenta el país, algunos jueces comenzaron a imponer una suerte de extraña inversión o complementación de la carga confirmatoria, sosteniendo que la *pudencia* era un hecho que debía ser acreditado *por ambas partes por igual*.

Por cierto, el argumento reñía con la técnica procesal y, sobre todo, con la lógica²¹.

Con posterioridad, muy buena doctrina americana comenzó a insistir en la necesidad de lograr la vigencia en el proceso de una adecuada y justa *ética de la solidaridad* entre ambos contendientes, exigiendo para ello la plena y total *colaboración de una parte con la otra* en todo lo que fuere menester para lograr la producción eficiente de un medio cualquiera de confirmación.

A mi juicio, esta doctrina es exótica y divorciada de la realidad de la vida tribunalicia²², por lo que merece ser sepultada en el olvido.

²¹ Recuerdo ahora que al momento de juzgar un magistrado una de dichas causas sosteniendo esta tesis, fue interrogado por otro juez —que quería hacerle ver las dificultades propias del problema— acerca de cómo debía ser resuelto un pleito en el que la misma idéntica carga pesara por igual sobre ambos contendientes sin que ninguno de ellos hubiera logrado cumplirla. Y el interrogado respondió muy suelto de cuerpo: pues... ¡lo empatan! ¡Como si ello fuere posible!

²² Y es que nadie comienza un pleito con alegría y despreocupación, como quien sale a pasear en día festivo. Por lo contrario, se realizan previamente muchas conversaciones —e intimaciones— para tratar de evitarlo. Cuando ya el pretendiente —acreedor, por ejemplo— está seguro de que no logrará una autocomposición con el resistente —deudor, que en el ejemplo afirma que pagó— no tiene más remedio (recordar que esta la última alternativa pacífica) que concurrir al proceso (para ello, debe pagar honorarios de abogados y carísimas tasas de justicia), donde el deudor, ahora demandado, vuelve a oponerle la misma tenaz oposición que antes, afirmando haber hecho —por ejemplo— un pago que no existió en la realidad de la vida...

Sin embargo, actualmente tal doctrina ha ido mucho más lejos respecto de la vigencia de la carga de confirmar.

Y es que, so pretexto de que la justicia debe merecer un tratamiento más ágil y eficiente en esta época que ha dado en llamarse *posmodernista*, algunos jueces con alma de pretores desean volver raudamente a las incertidumbres del pasado.

En esta tesitura, sin sentirse vinculados a un orden jurídico previo, creen que pueden cambiar las reglas procedimentales según sus propias opiniones —haciéndose eco de otros sistemas jurídicos no vigentes en nuestros países— y con olvido del claro mandato constitucional que establece la inviolabilidad de la defensa en juicio.

Y así, han decidido dejar de lado las reglas normativas de la incumbencia confirmatoria recién explicadas, variándolas en cada caso concreto por la mera aplicación caprichosa de las antiguas reglas subjetivas de la *facilidad* o de la mejor *posibilidad de «probar»*.

Con estos alcances es que se habla hoy de las *cargas dinámicas probatorias* que, más allá de las buenas intenciones que animan a sus sostenedores, no puedo compartir en tanto repugnan al texto ex-

Como puede aceptarse fácilmente a esta altura del relato, el actor piensa con visos de razonabilidad comprensible en destruir para siempre a su demandado y deudor impenitente. En tales condiciones, ¿como puede serle exigida que colabore solidariamente con su enemigo y, que si no lo hace, se considere que ha caído en inconducta procesal?

preso de la ley y, con ello, se acercan peligrosamente al prevaricato.

Para que se entienda adecuadamente la seriedad de la crítica, debo recordar que hay códigos en América latina que nada establecen en cuanto al tema en trato.

En los lugares donde ello ocurre (por ejemplo, en la provincia de Santa Fe, Argentina) es la sola doctrina la que se encarga de explicitar a quién incumbe la tarea de efectuar la confirmación procesal.

Por tanto, si un juez sostiene algo diferente, no viola el texto expreso de la ley y puede imponer la incumbencia confirmatoria que se le ocurra.

Y así, con indudable actitud justiciera, alguna jurisprudencia comenzó a sostener, *en el momento mismo de sentenciar un recurso de apelación* —es decir, después que el proceso terminó— que *si bien no fue adecuadamente confirmado por el actor el hecho constitutivo de la imputada responsabilidad aquiliana, ello carecía de importancia en la especie pues la respectiva carga (cabría preguntar ¿de qué?) correspondía a la contraparte y, por tanto, al nada haber acreditado ésta, debía acogerse sin más la pretensión demandada* (!!).

En otras palabras: quien así sentenció el pleito *varió a su voluntad las reglas del juego a las cuales se ajustaron los contrincantes durante todo el proceso*.

¡Sólo que lo hizo después que el juego terminó!

Y esto parece de ilegitimidad manifiesta por más que pueda ser justa la solución dada al caso.

Pero hay lugares donde ocurre exactamente lo contrario a lo hasta aquí relatado.

Por ejemplo, en el CPC de la Nación Argentina, en cuyo artículo 377 se establece con absoluta claridad que:

«Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que indicare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción...»

Norma similar presenta el Código Civil de Chile en su art. 1698:

«Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta».

A la luz de normas similares a las transcritas, resulta ya claro que la tesis que acepta sin más la vigencia de las *cargas dinámicas «probatorias»* no puede coexistir con ellas, por cuya razón creo que no es menester insistir abundando en el tema.

En definitiva: la ley —y sólo la ley, nunca la jurisprudencia— es la que regula todo lo referente a la incumbencia confirmatoria a fin de dar total y objetiva seguridad a la actividad que los jueces cumplen al sentenciar, evitando así que ellos puedan alterar las reglas del *onus probandi* a discreción y una vez que el pleito ha finalizado.

En otras palabras y recurrentemente: *cambiar las reglas del juego después que el juego terminó*, convirtiendo en ganador al claro perdedor según las normas tenidas en cuenta por los jugadores durante todo el desarrollo del certamen, no sólo es acti-

tud desleal sino que, en el proceso, viola la garantía de la defensa en juicio. ¡Por mucho empeño justiciero que ostente el juez actuante!

Reitero conceptos para fijarlos en el lector: como se ha visto hasta aquí, el tema en tratamiento relativo a la *incumbencia confirmatoria* —que habitualmente se estudia con el nombre de *carga de la prueba*— no es en sí mismo un tema propio de la confirmación procesal sino que es, en esencia, una *clara regla de juzgamiento* dirigida al juez para que sepa a qué atenerse cuando carece de elementos de confirmación acerca de los hechos litigiosos sobre los cuales debe fallar. Y como es obvio, tal regla no sólo debe ser precisa sino de cumplimiento objetivo y acatamiento irrestricto.

Finalmente: se sostiene en doctrina que las reglas de la carga confirmatoria no pueden ser alteradas por las partes, so pretexto del orden público que domina la legislación procedimental.

No coincido con tal afirmación. Antes bien, he sostenido *supra* que *no hay orden público procesal en materia transigible* y, que el principal creador de normas procesales debe ser el propio litigante.

Por lo demás, no creo que nada pueda evitarlo en un régimen constitucional en el que está permitido todo lo no expresamente prohibido por la ley.

Hasta aquí me he ocupado del tema desde una óptica propia de la pretensión civil.

Veamos ahora si los conceptos ya expuestos pueden o no aplicarse al campo de lo penal.

Afirma la doctrina generalizada —computo aquí a la mayoría de los autores que imponen actual-

mente opinión jurisprudencial en los diferentes países de nuestro continente— que el concepto de *carga «probatoria»* (confirmatoria) ha fracasado al ser transportado al proceso penal, donde —antes que de *cargas*— cabe hablar de *deberes funcionales administrativos* del Ministerio Fiscal.

En esta tesitura, sostienen que no cabe afirmar jurídicamente que el Fiscal sea titular de un interés interno en antagonismo con el del imputado.

Por ello afirman que nunca puede decirse que el órgano de la acusación resulta *vencido* cuando no prueba la imputación pues el interés de la sociedad está en el castigo del culpable y en la represión del delito en tanto exista, precisamente, un culpable y de *deberes jurisdiccionales* del juez en los sistemas inquisitivos consagrados legalmente en casi toda América latina.

En esta tónica, tales autores se manejan exclusivamente con el sintagma *in dubio pro reo* y exigen ingenuamente la *colaboración del propio imputado*, a quien sí hacen soportar una especie de *minicarga probatoria* que le permita *ayudarse* a salir con bien del proceso!

El tema entraña notable gravedad.

En la Relación (*Exposición de Motivos*) del Proyecto de Código para Italia de 1930 se dijo:

«Sagrado e inviolable es, sin duda, el derecho de defensa. Ciertamente indiscutible el principio de que al imputado no se le puede considerar culpable antes de la sentencia irrevocable de condena. Pero que se lo haya de conceptuar *inocente* mientras se procede contra él por serle imputado el delito, es una tal enormidad, una tan patente inversión del sentido común, lógico y jurídico, que no se puede admitir ni aun como forma retórica. Mientras

hay un proceso en curso, no hay ni culpable ni inocente sino únicamente imputado. Sólo en el momento en que recaiga sentencia se sabrá si es culpable o inocente»²³.

Como es fácil de comprender, estas posturas se explican sólo si forman la glosa de un sistema inquisitivo. Pero resultan por completo inexplicables en un proceso de corte acusatorio puro.

D ahí que crea que nada empee a aplicar literalmente los principios que regulan la carga confirmatoria en proceso penal donde el Fiscal — parte acusadora— actúa como representante de la sociedad toda, con obvio interés jurídico en erradicar la actividad delictiva y, así, mantiene una actitud procesal antagónica con la del imputado²⁴.

²³ Esto no podría decirse seriamente al día de hoy...

²⁴ Por supuesto, descarto —en homenaje a la seriedad con la cual deben emitirse los argumentos jurídicos— que el fiscal es una parte procesal y, como tal, parcial. Durante varias décadas, los argentinos hemos repetido como clara obviedad y hasta el cansancio antiguas enseñanzas: *el fiscal es la parte imparcial del proceso penal...* sin advertir que ello no es más que una *contradictio in terminis*.

En efecto: sostener que *hay una parte imparcial* es negar por el adjetivo la esencia del sustantivo. Es como decir *lo bueno malo o lo bello feo*.

Quien actúa como fiscal puede no tener *interés personal* en lograr una condena (en otros términos: ganarle a su contrario: el acusado) pero debe ostentar siempre *interés funcional* (base elemental de la acusación).

Claro está que todos estos dislates se dan exclusivamente en el sistema inquisitorio. En el acusatorio puro, y con un sistema de *oportunidad* y no de estricta *legalidad* para decidir si se hace o no la acusación, por lo contrario, no se justifica en modo alguno el *carácter de imparcial que debe ostentar la parte procesal*.

Por supuesto, descarto totalmente que el juez pueda llevar adelante por sí mismo la pretensión punitiva de la sociedad y que esté facultado para producir personalmente medios de confirmación que hacen al cargo imputado.

Finalmente: el *principio o estado de inocencia* que se encuentra ínsito en la cláusula *in dubio pro reo*, no juega cuando existe carencia de medios de confirmación (a la que se aplican las reglas del *onus probandi*) sino —todo lo contrario— cuando hay suficientes elementos de confirmación que, no obstante, no logran forjar la convicción de culpabilidad en la mente del juez.

Ello es lo que genera la *duda* y tal duda es la que lleva a la *absolución*.

No obstante todo lo precedentemente explicado en orden a sostener la vigencia de un verdadero sistema legal (que, en materia procesal, se encuentre acorde con las garantías constitucionales), las leyes disponen exactamente lo contrario, los autores de la asignatura son cada día más proclives a mantener un autoritarismo ilegal y muchos jueces se enrolan en el movimiento decisionista que se ha puesto de moda merced a la prédica de quienes dicen ser posmodernistas.

Veremos en el Capítulo siguiente cómo nos va con todo esto.

Simplemente, no acusa si cree que no debe hacerlo pues perderá el litigio!

EL DECISIONISMO JUDICIAL

Sumario:

1. El juez como director del debate
2. El juez como normador

1. EL JUEZ COMO DIRECTOR DEL DEBATE

Ya se ha visto en el Capítulo III que el autoritarismo germano concibió la idea de identificar al juez con un capitán de barco, asignándole el título y las funciones de un *director del proceso*.

Se vio también que el fascismo italiano hizo propia a esta figura en el *Código* del '40 y que en la misma tónica se encontraban desde antaño los códigos de nuestro país.

A raíz de ello, los autores en general —muchos de ellos interesados en sostener la presión autoritaria, particularmente en Italia— glosaron largamente el tema y generaron, en nuestras legislaciones, la figura del *juez instructor* o *juez de trámite*¹.

De ahí que se ha escrito en doctrina mucho sobre este tópico —claro que afirmando que un *director* no es un *dictador*, aunque sin explicar en qué consiste la diferencia— y desde hace años se ha entronizado tal figura en la Justicia argentina y, muy particularmente, en la colombiana.

¹ Tal como se denomina hoy a quien lleva el trámite en los Tribunales Colegiados de instancia única.

A tal punto, que se ha perdido de vista la *imparcialidad*² que requiere esencialmente la idea de *debido proceso*.

Y creo que con esto no nos ha ido nada bien.

Al contrario, se ha logrado un fenomenal atascamiento de expedientes que se ha convertido en el generador de una morosidad imposible de evitar y que los Poderes Judiciales sobrellevan con estoicismo y sin atinar a descubrir el meollo del problema ni, mucho menos, su solución.

A mi juicio, los jueces tienen la primordial misión de *resolver los litigios*: sólo con ese resultado logran aquietar las pasiones enardecidas de los litigantes impenitentes y, con ello, el mantenimiento de la paz social.

Sin embargo, en lugar de dedicarse con ahínco a efectivizar esa tarea, cumplen diaria y puntualmente un montón de exigencias impuestas desde la ley para la tarea de *procesar* que les impiden en definitiva realizar la actividad de *sentenciar*³.

Veamos —sin pretensión de exhaustividad— algunas de las cosas que se le exigen cumplir al juez en el ejercicio de su tarea de dirigir y llevar adelan-

² En los términos con los que la describo en el Capítulo VII.

³ Ya he sostenido antes que, en puridad de verdad, nada impide que persona diferente del juzgador sea quien instruya el proceso: eso es lo que sucede, precisamente, en todo tribunal colegiado y nadie se ha rasgado las vestiduras hasta ahora al mencionar el tema.

Pero esto resulta inaceptable para todo pensador *que busca la justicia en el método y no en la meta*, que es donde la ubica el sistema acusatorio que defiende en esta obra.

te un proceso para que las realice puntualmente y, todas, dentro de las seis horas que, en general, atiende al público.

Para ello, clasificaré sus diferentes actividades a fin de relacionarlas con lo administrativo, lo impositivo fiscal y parafiscal y lo judicial propiamente dicho; esta última, la referiré en cuanto al fondo del litigio mismo, en cuanto a los hechos controvertidos, en cuanto al trámite de la prueba, en cuanto a la conducta de las partes y de sus letrados y en cuanto a la sentencia que pone fin al pleito.

Así, entonces, *todo* lo que debe hacer un juez durante *todos* los días de *toda* su vida profesional⁴:

1) *en lo administrativo*:

- en primer término, debe ser el natural *administrador de su Juzgado*, con todo lo que tal actividad conlleva⁵ y el tiempo que se pierde en la gestión, que no es sencilla;
- como es materialmente imposible despachar personalmente todas las peticiones que le presentan los interesados, debe delegar gran parte de su tarea de *proveer*⁶ los escritos judicia-

⁴ Me concreto en la ejemplificación a lo que ocurre en la legislación de la Provincia de Santa Fe. Puede ser diferente en otros lugares. Pero no mucho.

⁵ Desde ocuparse del bienestar de su personal —con todos los problemas que entraña la convivencia laborativa— hasta cuidar de que se le provean todos los elementos necesarios para el desarrollo de las tareas que cumplen (papel, cintas para máquinas o impresoras, lápices, libros que deben ser llevados por imperio legal, etcétera) que faltan sistemáticamente.

⁶ Con lo cual es obvio que se pierde eficacia en la gestión.

les, generando así una nueva función que no puede obviar so capa de incurrir en eventual responsabilidad personal: *supervisar el despacho diario que ha preparado el personal inferior*⁷;

- debe *hacer las estadísticas* que cada vez en mayor número le exigen los superiores jerárquicos a los más diversos efectos⁸; además,
- debe *ejercer el poder disciplinario* sobre su propio personal;

2) *en lo impositivo fiscal*:

- por expresa disposición legal y bajo las más severas penas y responsabilidades personales, el juez *debe controlar el pago de los sellos, tributos o impuestos* que gravan toda la actividad procesal⁹

⁷ Lo que inevitablemente opera como cuello de botella, generando clara morosidad en la devolución del despacho diario. Se conocen casos en los cuales una petición tarda más de quince días para volver al interesado con un simple *agreguese*.

⁸ Quien no las hecho alguna vez desconoce el enorme tiempo y esfuerzo que exigen. Durante muchos años de mi experiencia judicial, todo esto servía para ser prolijamente guardado durante un par de años y terminar luego en la basura. Es de conocimiento generalizado que, salvo algunas instituciones que se ocupan correctamente del tema, las estadísticas sirven para nada en este país, en el cual nadie cree en ellas...

⁹ La voracidad del Fisco es incansable: cada año se inventan nuevos tributos que hacen casi imposible el acceso a la Justicia de gran parte de la población. Todo ello, claro está, conspira contra las garantías constitucionales. Pero eso no interesa al jerarca administrativo de turno, que cambia a

- y, a veces, debe actuar como *agente cobrador de ellos*¹⁰;

3) *en la tributación parafiscal*:

- debe *controlar el puntual pago de los honorarios* de los profesionales intervinientes en todos los expedientes de su respectivo Juzgado y de los aportes a las Cajas Previsionales;

4) *en lo judicial*:

4.1) *en cuanto al fondo del litigio*:

- debe *ser conciliador* de las partes litigantes en un sinnúmero de asuntos justiciables¹¹
- y, algunas veces, *mediador* entre ellas, proponiendo fórmulas de avenimiento al efecto¹²;

gusto plazos de prescripción liberatoria y establece que la analogía es método bueno para imponer un tributo...

¹⁰ Por de pronto es *agente de retención* de varios impuestos.

¹¹ Los jueces no han sido preparados a este efecto en sus estudios de grado y, por ende — a menos que los hayan realizado particularmente luego o tengan una personalidad acorde con la tarea— son generalmente ineficientes en su resultado (claro que con las excepciones que sirven para confirmar la regla).

De cualquier manera, una audiencia de conciliación provoca enorme desgaste de tiempo útil en el Tribunal.

En primer término, el juez debe prepararse al efecto, estudiando la causa y detectando exactamente cuál es el meollo litigioso a fin de poder detenerse en él en su conversación con las partes en litigio. Luego, el tiempo material que insume el desarrollo de la audiencia y su instrumentación en el acta que se levanta al efecto.

Conforme con las estadísticas que se manejan respecto de los logros conciliatorios efectuados dentro del proceso, el resultado no es satisfactorio y no se ve que permita mejorar sensiblemente el sistema judicial.

¹² Siempre que el juez propone fórmulas conciliatorias genera graves problemas y, la mayoría de las veces, termina

4.2) *en cuanto a los hechos controvertidos:*

- debe *investigar la verdad de lo ocurrido*¹³ y,
- además, debe *probarlos personalmente* o *encauzar su prueba*¹⁴.

Para esto,

4.3) *en cuanto al trámite de la prueba,*

- debe *definir los hechos a probar*¹⁵
- y establecer su *procedencia probatoria*
- y su *conducencia o pertinencia probatoria*¹⁶.

siendo recusado por la causal de prejuzgamiento. A tal punto es exacta esta afirmación, que muchas de las leyes que imponen tal deber a los jueces establecen contemporáneamente, de modo expreso y categórico, que la mera proposición de fórmulas conciliatorias no autoriza la recusación causada. De cualquier manera, ello no cubre la natural desconfianza del litigante que ha advertido un mínimo de parcialidad en la presentación de las propuestas. Y esto le hace mal al sistema pues genera mayor desprestigio...

¹³ Ya me he ocupado largamente del tema en los Capítulos III y IV.

¹⁴ Ídem.

¹⁵ La corriente legislativa actual impone al juez esta tarea para que la haga personalmente en una audiencia señalada al efecto a fin de sanear todo lo relativo al procedimiento y agilizar el trámite probatorio, limpiándolo de cuestiones de menor importancia.

Otra vez: el tiempo que esta audiencia, en su preparación y realización, lleva materialmente al juez, puede ser perdido para siempre si las partes llegan posteriormente a una solución autocompositiva (en mi medio, casi el cuarenta por ciento). De ahí que muchos jueces las obvian ante la complacencia de sus superiores...

¹⁶ Algunos códigos, cual los de Córdoba y Santa Fe, por ejemplo, establecen inteligentemente lo contrario, so capa de muy variadas razones que se analizarán en otro lugar.

- Además, *presidir las audiencias de prueba y estar presente durante todo su desarrollo*¹⁷; y allí,
- *interrogar personalmente a las partes*¹⁸ y a los testigos, formulando las preguntas del caso o modificando las propuestas por las partes y
- *ordenar los careos*¹⁹ que fueren menester;
- *y ordenar puntos de pericia*²⁰;

4.4) *en cuanto a la conducta de los litigantes durante todo el trámite procesal*

¹⁷ Como todo el mundo lo sabe, esto no se cumple y, peor aun, es definitivamente imposible de cumplir. Sin embargo, cada reforma legislativa insiste en lo mismo, poniendo a los jueces al margen del cabal cumplimiento de sus funciones.

¹⁸ El CPC Nación impone al juez el deber de tomar personalmente la audiencia de absolución de posiciones, como claro e inútil resabio inquisitorial.

En muchos años de profesión, jamás he visto a un absolvente confesar la afirmación contenida en la posición respectiva. Tanto es así que este medio probatorio sólo sirve en caso de ausencia del declarante o de negarse a responder o de hacerlo con frases evasivas. Y otra vez: una inmensa pérdida de tiempo en desmedro de la Justicia.

Sin perjuicio de señalar la clara inconstitucionalidad de este resultado, estoy convencido de que hay que eliminar la absolución de posiciones como medio de prueba para provocar la confesión. Lo mismo opinan muchos jueces que han advertido el problema.

¹⁹ Quien no ha visto alguna vez cómo se realiza un careo y, particularmente, cómo se acosa a uno de los careados para que se enfrente con el otro, no alcanza a comprender esta extraña forma de lograr la Justicia con tanta injusticia!

²⁰ Esto es habitualmente difícilísimo para el juez quien, en lo general, carece de aptitud para hacerlo.

- debe *vigilar la moral de las partes* procesales y de sus letrados y, eventualmente, *sancionarlos* mediante decisión adecuadamente fundada pues será materia de impugnación;

5) *al momento de sentenciar*

- debe *ser justiciero*²¹ en el reconocimiento de la pretensión deducida y, para lograrlo, es necesario que *se involucre espiritualmente en el contenido del pleito*²²
- y, además, debe *regular los honorarios de todos los profesionales intervinientes*²³ y, en cualquier momento,
- debe *cautelar bienes, personas y derechos*²⁴.

Por si todo esto fuera poco, se le encomienda además

²¹ Es *justiciero* quien «observa estrictamente la Justicia» y es severo en el castigo de los delitos. Se usa habitualmente como adjetivo para calificar al que privilegia el resultado del fin por sobre la legitimidad del método. Recuértese que Maquiavelo decía que *el fin justifica los medios*.

²² Creo desde hace mucho tiempo que cuando el juez se involucra personal --y no sólo profesionalmente-- en los meandros del pleito, hace que su tarea sea insalubre y cumplida a disgusto o con enorme peso de conciencia. Por tanto, poner en cabeza de un juez estos deberes no hace bien al resultado de la eficiencia judicial.

²³ Sean abogados y procuradores o peritos de las más variadas profesiones u oficios, escribanos, etcétera. Por supuesto, y para complicar mucho más la tarea, cada profesión tiene un arancel diferente a los de todas las demás y, muchas veces, se exige oír previamente a los colegios profesionales, que invariablemente opinan con argumentos que luego hay que rebatir...

²⁴ Lo que origina un cúmulo de problemas incidentales.

- administrar los bienes involucrados en todos los juicios universales²⁵ que tramitan ante él,
- autorizar matrimonios y la inscripción de ciertos nombres y de nacimientos que no se declararon oportunamente ante el Registro Civil²⁶,
- así como otorgar tutelas y curatelas, etcétera, etcétera²⁷.

Y, finalmente, deben atender cordialmente a los litigantes que así lo solicitan (lo que también consume un tiempo enorme cada día judicial).

A esta altura del inventario de funciones que cumple un juez —en rigor, todos los jueces— cabe hacer una elemental y demorada pregunta: haciendo tanta y tanta cosa,

¿cuándo tiene tiempo para sentenciar?

¿Es razonable que las cosas sean así?

¿No nos iría mejor con sistema diferente?

¿Conviene, como se ha hecho hasta el presente, insistir cada vez más en el mismo ejercicio autoritario de la función?

²⁵ En los que el juez, obviamente, no actúa como tal por carencia de litigio, sin perjuicio de que eventualmente pueda existir. Tan cierto es esto que en numerosos países estos juicios no tramitan ante el Poder Judicial.

²⁶ En varios lugares los propios jueces actúan como Jefes del Registro Civil.

²⁷ En rigor, todos los llamados *actos de jurisdicción voluntaria* que, ya se sabe, ni son jurisdiccionales ni son voluntarios.

De ahí que resulta explicable que, según dato estadístico proporcionado por el propio Poder Judicial, exista una morosidad terminal imposible de erradicar.

Veamos la veracidad de esta afirmación: en la tapa del diario *La Capital* de Rosario del 22 de marzo de 2000, se publica un dato proporcionado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Santa Fe: durante el año de 1999 ingresaron a los tribunales de dicha ciudad²⁸ un total exacto de 212.947 causas²⁹ justiciables civiles; y en el mismo lapso, sólo se dictaron 29.847 sentencias, lo que revela —a más de una extraordinaria morosidad— que el rendimiento de eficiencia en el año judicial apenas supera el 14%.

En otras palabras: se sentencian sólo catorce de cada cien expedientes que ingresan anualmente.

En lo penal, las cosas no fueron mejor: contemporáneamente, *La Capital* informó que en el mismo año de 1999, se hicieron 82.562 denuncias (7500 más que en 1998). Eso quiere decir que hay una denuncia cada ¡siete minutos!

Y por lo que se sabe, la tendencia es a aumentar³⁰.

²⁸ Cuenta con alrededor de un millón de habitantes.

²⁹ Publico este dato pues tengo a la vista la noticia. Pero sirve para lo que aquí escribo pues las cosas no varían demasiado en las demás Provincias en el resto del país. Además, no cuento con la noticia exacta pero sé que en los años 2001 y 2002 los números fueron mayores.

³⁰ Se afirma que sólo con motivo del corralito financiero del año de 2002 se presentaron ¡275.00 amparos!

¿Qué Poder Judicial acepta semejante presión de litigiosidad?

Y si en lugar de estar dedicados todos los jueces a dictar las sentencias que exige tan alto nivel de conflictividad, pasan su escaso tiempo tribunalicio dedicados a cumplir la enorme carga de la tarea parajudicial que he descrito precedentemente, ¿cómo no comprender que la morosidad y la ineficiencia han de venir inexorablemente?

Una importante corriente doctrinal y jurisprudencial que ha cautivado a quienes están desesperados por tanta morosidad e ineficiencia, sostiene que gran parte de la demora se debe a la mala fe de abogados inescrupulosos que no trepidan en incidentar sin razón con tal de dilatar el desarrollo de los pleitos, generando así una suerte de insoportable e inaceptable *industria de la deuda*.

E insiste que ello debe ser erradicado a cualquier precio. Aun a costa de la eliminación definitiva del proceso como medio de debate.

Esto ha generado una nueva suerte de medida cautelar que se conoce con el nombre de *medida autosatisfactiva* que, en el sentir y en el discurso de quienes la propician, viene a constituirse en *la solución eficaz para los planteos urgentes*.

Y esto lo hacen bajo el lema: *derechos evidentes, satisfacción inmediata*.

Claro está, esta nueva institución «que se basa en la adopción del sintagma *indicio vehemente*³¹»

³¹ Ver el origen de este sintagma en la nota 3 del Capítulo III.

no tiene naturaleza cautelar pues no accede a proceso alguno³².

Tal vez porque esto no se ha advertido o, quizás, porque la gente está cansada de tanta ineficiencia procesal, la idea ha prendido en la jurisprudencia nacional y se ha institucionalizado la figura que, a la postre, ha servido para hacer mayor daño a la Justicia.

Por supuesto, el resolver cualquier cosa sin el *control previo de todos los interesados* e imponer a voluntad un resultado que no puede ser desconocido por quien sufre sus efectos inmediatos, puede ser subyugante para todos los miembros de la administración en general y, particularmente, para las autoridades policiales o militares, que se concretan a *ordenar* y no admiten discusión alguna sobre *lo ordenado*.

Pero cuesta creer que algunos pocos magistrados judiciales —ejerciendo una profesión que desde

³² Todo el mundo sabe que, si el proceso es un *instrumento* para actuar el derecho de fondo, la medida cautelar que accede a él es un *instrumento del instrumento*, toda vez que ella no tiene ni puede tener vida propia e independiente del proceso en el cual se discute el derecho que le da origen y que se pretende resguardar. La denominación de *autosatisfactiva* significa que la cautela es independiente de todo otro proceso y, por ello, se convierte así en el *instrumento primario* para efectivizar el derecho de fondo y se agota en sí misma. Con lo cual se elimina directamente el proceso. En otras palabras: se erradica el método de debate al privilegiar sin más la obtención inmediata del resultado: la meta. Mayor autoritarismo e inconstitucionalidad no puede pedirse...

siempre es clara muestra de ponderación y mesura— acepten realizar lo mismo.

Descarto que lo hacen con la más absoluta buena fe profesional y con el elogiabile deseo de que, quien la requiere con urgencia, pueda obtener pronta y fácil justicia.

Pero creo que, maguer ello, proceden ilegítimamente a tenor de expresas cláusulas constitucionales que operan como firmes garantías para todos los justiciables.

En este tren de cosas, la actividad se retroalimenta en forma circular y crece —sin parar— cada día más.

Y así, desde la posibilidad de resolver *autosatisfactivamente*, algunos jueces —los menos, claro está— han empezado a apartarse del orden jurídico al cual parecen no sentirse vinculados.

Y copiando asistémicamente aspectos puntuales propios del realismo norteamericano, hacen ahora juzgamiento mental acerca de la bondad, oportunidad y justicia intrínseca de la norma que corresponde aplicar a un caso concreto según el sistema vigente.

Y si no les gusta —otra vez *lo good* por sobre *lo right*— fallan en equidad —en rigor, *a voluntad*— y en contra de la norma expresa de la ley.

Veamos algunos pocos ejemplos de ello en casos que tomo de la prensa escrita, concretándome al efecto a insertar aquí un resumen de la nota periódica:

- «Como no podía competir contra los precios subsidiados de los productores del Brasil, una

Cámara de Productores avícolas de Concepción del Uruguay pidió que la Justicia prohibiera *autosatisfactivamente* la importación de pollos eviscerados de aquel país, o bien que estableciera un cupo. El juez subrogante que actuó en la emergencia así lo hizo y ordenó a la Subsecretaría de Comercio Exterior, a la Administración Nacional de Aduanas y al Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria que implementara *medidas inmediatas* para que sólo pudiera importarse determinada cantidad de kilos de pollo³³.

- «Un abogado rosarino quería instalar en su teléfono un identificador de llamadas, pero la respuesta de Telecom era que no podía hacerlo porque la calidad de la línea no lo permitía. Por eso pidió a un juez que le ordenara a la empresa telefónica que, en el plazo de cinco días, le brindara el servicio en condiciones normales»³⁴.
- «Una mujer desempleada de Lomas de Zamora pidió a un juez bonaerense que su obra social continuara prestando el servicio asistencial a su hijo oxígenodependiente más allá del plazo del cese de su cobertura porque el hospital público de la ciudad todavía no contaba con el equipamiento necesario para atender al chico»³⁵.

³³ Diario *La Capital* del 22 de diciembre de 1999.

³⁴ Ver Diario *La Capital*, s/d.

³⁵ Ver Diario *La Capital*, s/d.

- «En un amparo de un particular contra la *Organización Veraz* para que acreditara documentadamente una supuesta deuda del interesado con el Banco Francés, respecto de la cual aparecía como moroso, se condenó a *Veraz* como responsable y se extendió la responsabilidad al propio Banco Francés y, además, al Banco Central de la República por carencia de control efectivo sobre el tema. En ambos casos, sin audiencia previa»³⁶.

«Un particular cliente de un servicio de cable de TV sostuvo haberlo contratado para poder ver la transmisión de los partidos de basketball de la NBA de los Estados Unidos. Por razones contractuales entre el prestador del servicio —Galavisión— y la cadena de transmisión ESPN, los partidos dejaron de ser transmitidos. Sobre esta base pidió que se dispusiera la continuidad de la prestación, lo que fue ordenado autosatisfactivamente»³⁷.

Los ejemplos pueden continuar en gran número. Pero ya es suficiente para que se aprecie la magnitud de esta novedosa «institución».

Pero el movimiento jurisprudencial no paró allí.

Ahora, y siempre desde lo cautelar, dando o no audiencia previa a quien ha de sufrir los efectos de lo resuelto, este movimiento judicial ha comenzado a tomar decisiones acerca de numerosos asuntos que doctrinalmente son *claros actos no justiciables*, so

³⁶ Ver diario *La Capital* del 25 de agosto de 2001.

³⁷ Ver diario *La Capital* del 3 de julio de 1998.

pretexto de que nada puede quedar en el mundo jurídico sin control judicial.

Y así, se varió extraordinariamente la función de resolver y cambió la actividad habitual del juez como *normador*, cosa que veremos de inmediato.

2. EL JUEZ COMO NORMADOR

En los últimos años, y al socaire de una afirmada defensa de la Constitución, algunos jueces con vocación de protagonismo mediático han comenzado a intervenir en toda suerte de asuntos, propios de la competencia constitucional exclusiva de otros Poderes del Estado, interfiriendo con ello en la tarea de gobernar al asumir el cumplimiento de funciones que son privativas de otras autoridades.

Y, de tal forma, han abandonado el juicioso acatamiento de la ley para entrar al campo del *cogobierno* y, aún más, ingresando a un terreno muy peligroso: el de una suerte de increíble *desgobierno*, ya imposible de controlar.

De este modo y porque quienes así actúan sostienen que lo hacen por elemental solidaridad con el más débil, con el mal defendido, con el más pobre, con el que «tiene la razón pero no alcanza a demostrarla» (j), etcétera, se generó el movimiento que se conoce doctrinalmente con la denominación de *solidarismo*³⁸ y que, porque se practica aun a

³⁸ El nombre proviene de la actitud de *solidaridad* que muestra el juez que así actúa respecto de las partes procesales a las cuales les dedica su simpatía o su piedad.

pesar de la ley, decidiendo lo que algún juez quiere a su exclusiva voluntad, también se llama *decisionismo*³⁹.

Si bien se mira, quien así actúa no cumple una tarea propiamente judicial, en razón de que con ello no se resuelven conflictos intersubjetivos de intereses, que es la esencia de la tarea de otorgar *justicia conmutativa*.

Antes bien, practica *justicia distributiva* sin tener los elementos para poder hacerlo: en primer lugar, la legitimidad de la elección por los votos del pueblo; luego, presupuesto adecuado, conocimiento de la realidad general y del impacto que causará en la sociedad el dar a unos lo que las circunstancias de la vida niegan a otros, etcétera.

Veamos ahora algunos ejemplos de lo que acabo de afirmar. A este efecto, me concretaré a mencionar sólo el título de la noticia judicial que diariamente aparece en la tapa de algún periódico.

- «La Justicia tiene en sus manos el futuro del tren Rosario-Retiro»⁴⁰;
- «Frenó Justicia el aumento en trenes»⁴¹;
- «Ferrocarriles: la Justicia suspendió la renegociación de los contratos»⁴²;

³⁹ La denominación encuentra su origen en el desco de resolver algo a todo trance que muestra el juez y que está basado en su propia voluntad aunque, a veces, el resultado así obtenido repugne al orden jurídico.

⁴⁰ Diario *La Capital*, s/d.

⁴¹ Diario *Ámbito Financiero* del 4 de febrero de 1999.

⁴² Diario *La Capital* del 7 de diciembre de 1999.

- «Ecologistas van a la Justicia para que el gobierno ejecute una obra»⁴³;
- «La Justicia autorizó la red cloacal de Bustinza»⁴⁴;
- «Sorpresa y disgusto en la Intendencia, minutos antes de firmar el contrato: la Justicia ordenó suspender la adjudicación de los semáforos»⁴⁵;
- «La Justicia ordenó suspender las obra de remodelación en la Estación Fluvial»⁴⁶;
- «La Justicia ordenó que se implemente el monopasaje»⁴⁷;
- «Un juez ordenó al gobierno porteño que cierre los minimercados de estaciones de servicio»⁴⁸;
- «Un juez anuló en un amparo sanciones a una alumna cordobesa»⁴⁹;
- «La Justicia ordenó la suspensión del cobro del servicio de información 110»⁵⁰;
- «Las telefónicas siguen sin cobrar el 110»⁵¹.
- «Una jueza paralizó un aumento de tarifas en la telefonía celular»⁵²;

⁴³ Diario *La Capital* del 18 de julio de 1998.

⁴⁴ Diario *La Capital* del 25 de julio de 1998.

⁴⁵ Diario *La Capital* del 5 de junio de 1999.

⁴⁶ Diario *La Capital* del 12 de agosto de 1999.

⁴⁷ Diario *La Capital* del 19 de diciembre de 1998.

⁴⁸ Diario *La Nación* del 8 de mayo de 1998.

⁴⁹ Diario *La Capital* del 16 de diciembre de 1999.

⁵⁰ Diario *La Capital* del 30 de diciembre de 1999.

⁵¹ Diario *La Capital* del 20 de enero de 2000.

⁵² Diario *La Capital* del 30 de agosto de 2001.

- «Celulares: quedó en suspenso la modalidad "el que llama paga".»⁵³;
- «Por orden judicial, la Nación deberá becar a una rosarina campeona de *tae kwondo*»⁵⁴;
- «La Justicia ordenó la suspensión del mono-tributo para abogados»⁵⁵;
- «La Justicia le puso un freno a las rebajas en los sueldos públicos»⁵⁶;
- «Un fallo judicial hace tropezar a la ley de emergencia económica: una jueza ordenó suspender pos dos meses los descuentos a los maestros»⁵⁷;
- «La Justicia rechazó un aborto terapéutico»⁵⁸;
- «La Justicia aconsejó usar preservativos a un matrimonio para evitar un indeseado embarazo: rechazó una demanda en la que la mujer pretendía que le fueran ligadas las trompas de falopio»⁵⁹;
- «La Justicia dice que no es delito que los travestis muestren sus senos en la calle»⁶⁰;
- «La Justicia aprobó cambio de sexo de un hombre»⁶¹;

⁵³ Diario *La Capital* del 1 de setiembre de 2001.

⁵⁴ Diario *La Capital* del 22 de mayo de 1999.

⁵⁵ Diario *El Ciudadano* del 31 de octubre de 1998.

⁵⁶ Diario *La Capital* del 17 de junio de 2000.

⁵⁷ Diario *La Capital* del 21 de octubre de 1999.

⁵⁸ Diario *La Capital* del 3 de octubre de 2001.

⁵⁹ Diario *La Capital* del 22 de setiembre de 2001.

⁶⁰ Diario *La Capital* del 16 de mayo de 2000.

⁶¹ Diario *La Capital* del 29 de julio de 2001.

- «Fallo a favor de un homosexual en la herencia de su concubino»⁶²;
- «Un Juez ordenó al IAPOS que pague la costosa cirugía de un chico sordo que no es beneficiario del sistema»⁶³;
- «Obligan a un obra social a atender a un niño postrado»⁶⁴;
- «Una joven fue autorizada por la Justicia para ligarse las trompas por razones socioeconómicas: la Municipalidad no lo recomienda y la Iglesia se opone»⁶⁵;
- «Un juez autorizo a un transexual a cambiar de identidad: el fallo fue considerado *progresista* por la *Sociedad de Integración Gay Lésbica Argentina*»⁶⁶;
- «Condenaron a muerte a un perro que mordió a una mujer en Neuquén»⁶⁷;
- «La Justicia ordenó a un supermercado que alimentara a una familia durante un mes y que compensara el precio de la mercadería con impuestos adeudados»⁶⁸; etcétera, etcétera,

Todas estas resoluciones —la mayoría unilaterales y dictadas en carácter de cautela procesal pero

⁶² Diario *La Capital* del 28 de setiembre de 1999.

⁶³ Diario *La Capital*, s/d.

⁶⁴ Diario *La Capital* del 15 de junio de 2001.

⁶⁵ Diario *La Capital* del 28 de enero de 2000.

⁶⁶ Diario *La Capital* del 30 de noviembre de 1998.

⁶⁷ Diario *La Capital* del 18 de noviembre de 2000.

⁶⁸ Vale la pena leer los fundamentos del fallo y de la medida cautelar previa en www.fundaciontelefono.fwd.com.ar.

con efecto inmediato— no son novedad en la historia jurídica universal sino recurrente actuación de funcionarios que se mueven dentro de sistemas autoritarios que, como tales, son notable y definitivamente inconstitucionales.

Relata Michel Foucault⁶⁹ que el régimen absolutista francés aplicaba unilateralmente soluciones parecidas en las entonces conocidas *lettres de cachet* que expedían los comisarios de policía y que caían como un rayo sobre los particulares que sufrían las órdenes más dispares y antojadizas, propias de un verdadero estado de *decisionismo*, en ese entonces *policial* y hoy *judicial*.

Veamos algunos ejemplos de su uso:

- ordenar el arresto de las mujeres que engañaban a sus maridos (por supuesto, a pedido de éstos) o
- de un hijo considerado muy gastador (a pedido del padre) o
- del cura del pueblo que no mostraba buena conducta con alguna feligresa (a pedido de las vecinas del lugar) u
- ordenar el desalojo de un inquilino a quien el locador consideraba deudor de alquileres o
- la internación en un convento de algún minusválido mental (a pedido de la familia que deseaba deshacerse de él), etcétera, etcétera.

⁶⁹ Ver *La verdad y las formas jurídicas*, ed. Gedisa, Barcelona, 1995, pág. 107.

¿Qué diferencia esencial existe entre aquella actividad del pasado y ésta del presente, si ambas avasallan por igual y con idéntica efectividad la libertad individual?

Cuando se glosa el tema de la solución en vía cautelar de cualquier problema y sin necesidad de ocurrir a la previa tramitación de un proceso en serio y legítimamente llevado, advierto que los jóvenes abogados —impresionados por la excesiva morosidad de los pleitos en general— se entusiasman con el rápido final que se brinda a un problema dado y se enamoran de la *autosatisfactividad*⁷⁰.

Pero también advierto que todos miran el problema desde la óptica del actor que se beneficia con la inmediatez del resultado y jamás desde la del demandado que no ha sido escuchado previamente y que debe sufrir de inmediato los efectos contrarios a su interés que le provoca la resolución judicial⁷¹.

⁷⁰ Realmente no creo que pueda ser por otro motivo.

⁷¹ Un claro ejemplo de esto se ha visto hasta el cansancio con motivo de los amparos judiciales que generó el *corralito financiero* impuesto a los depósitos bancarios durante el año 2002. Por un raro, efectivo y claramente ilegítimo invento, a la relación de derecho privada *depósito bancario* existente entre un particular que guardó su dinero como depositante en un Banco y que éste lo recibió como depositario, con obligación de devolverlo ante el solo requerimiento del interesado, se aplicó normativa de derecho público. De tal forma, y en razón de que el Gobierno nacional dispuso ordenar a todos los Bancos que no devolvieran sus depósitos a los depositantes, éstos se ampararon contra el Estado nacional y algunos jueces acogieron la pretensión amparista con informe previo del Estado pero no de los

Como siempre ocurre, todas las instituciones autoritarias seducen hasta que se sufren en carne propia...⁷²

Por si ya no se advirtió con claridad, es posible —y aconsejable— cautelar los resultados de una

Bancos, a los que finalmente se ordenó que devolvieran los dineros allí depositados.

Cuando éstos —que eran los obvios, primarios y directos damnificados por la orden emitida— quisieron impugnar la decisión bajo los más variados argumentos, les fue invariablemente negado el recurso interpuesto so pretexto de que *no eran parte en el amparo. ¡Pero eran nada menos que los que pagaban...!*

⁷² Sería bueno de ver la cara que pone uno de estos enamorados de la rapidez y de la efectividad cuando, al llegar una noche a su casa, se encuentra con que está ocupándola otra persona a quien un juez le otorgó la tenencia porque, con cuasi divina inspiración, descubrió en sus ojos un *indicio vehemente* de propiedad acompañado de argumentos que lo convencieron de la sinceridad de los dichos. Tanto, que no precisó escuchar al ocupante antes de disponer el cambio de la tenencia.

Supongamos por un instante que ese recién notificado de que ya no puede habitar en su casa, acepta resignadamente sufrir el perjuicio porque sigue enamorado de la expeditividad judicial y porque, a la postre, sabe que aún no está terminada la cuestión ya que siempre existe la posibilidad de impugnar.

Y, así, desde la calle y no desde su casa, como bucnamente puede, sale a deducir algún recurso contra la decisión que ordenó su desplazo del hogar, en el angustioso plazo de días que exige una revocatoria o una apelación.

Pero cuando advierte que no es lo mismo contestar una demanda que impugnar una decisión judicial, pues en este caso se achica enormemente el campo de la discusión, descarta que no mantendrá los fogosos ímpetus de sostén de la rapidez que añoraba antes de sufrir los efectos del rayo que le cayó sobre la cabeza.

eventual sentencia a dictar en un litigio. Pero es manifiestamente ilegítimo resolver el litigio mismo con puras cautelas.

Y ello porque todo lo cautelar se resuelve⁷³ *sin audiencia previa del interesado*, cosa que es absoluta, racional, lógica y constitucionalmente inadmisibles.

Insisto: los jueces no pueden aspirar a equipararse a los comisarios de policía —por buenos y justicieros que estos pudieren ser— en aras de lograr una eficiencia que no encuentran respetando la Constitución.

No es eso lo que precisamente juraron cuando fueron investidos de sus cargos.

Hasta aquí he pasado revista a algunas actitudes decisionistas:

- la solución de conflictos en vías cautelares y eliminando directamente el método procesal de discusión en homenaje a una meta difusa que se muestra como justa y verdadera;
- la irrupción de algunos jueces en campos de actuación que le están vedados —*casos no justiciables*— en razón de que allí deben operar en forma exclusiva y excluyente otros Poderes del Estado;

⁷³ Y así debe ser, ya que en todos los posibles casos de medidas precautorias se trata siempre de interponer un pedido que constituye esencialmente una instancia de *petición* y no de *acción procesal* (lo que significa que el juez actúa administrativa y no jurisdiccionalmente).

- el notable apartamiento de lo dispuesto expresamente en la ley positiva, con abandono de la dogmática para lograr el imperio del valor relativo de la equidad.

Queda, finalmente, algo tanto o más grave y preocupante que todo lo recién referido: la aplicación de las llamadas *cargas dinámicas probatorias*, notable institución gracias a la cual el juez cambia, al sentenciar, las reglas del juego que escrupulosamente respetaron los litigantes durante todo el desarrollo del proceso.

El tema ya ha sido tratado en los Capítulos III y IV y a lo allí dicho me remito ahora, agregando tan sólo que esta conceptualización es clara muestra de decisionismo pues el juez falla como le parece aun en contra de lo expresamente establecido para el caso en la ley positiva.

AHORA SI: QUÉ ES EL PROCESO

Sumario:

1. El concepto de *proceso*
2. La iniciación y el desarrollo del proceso
3. El objeto del proceso

Después de haber pasado revista harto crítica sobre lo que sucede actualmente en los tribunales de justicia, que se manejan con la mira puesta en la justicia del método inquisitivo de enjuiciamiento, corresponde ahora analizar el concepto de *proceso*.

1. EL CONCEPTO DE PROCESO

La voz *proceso* es una de las tantas que se utilizan de forma multívoca en el lenguaje corriente y, particularmente, en el mundo jurídico.

Castizamente, significa *acción de ir hacia adelante y transcurso del tiempo y conjunto de las fases sucesivas de un fenómeno, etcétera*.

En su aplicación forense, se utiliza para designar a

- una *causa penal*,
- a un *conjunto de actos sucesivos de procedimiento*,
- a un *expediente* (conjunto de documentos o *dossier*), etcétera.

Y, con mayor tecnicismo, la doctrina en general afirma que

- el proceso es una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente y, también, que es
- un conjunto de actos dirigidos al fin de obtener la resolución del conflicto.

Como se puede ver con facilidad, las acepciones que predominan son equívocas: cuando se utiliza la palabra *proceso* para designar a un *expediente* o a los actos sucesivos y concatenados que forman o integran un *procedimiento*, no está haciéndose referencia a la idea puramente lógica que representa la palabra *proceso* y que trataré de explicar luego.

Si se acepta que la ciencia del derecho procesal halla su exclusivo punto de partida en el concepto (inconfundible por irrepetible) de la *acción procesal* (base elemental de nuestra asignatura) caracterizada como una *instancia* diferenciada de todas las demás que son factibles de imaginar y caracterizada de *necesaria bilateralidad*¹, será sencillo de acep-

¹ Excedería largamente el objeto de esta obra si explicare aquí qué es una *instancia* y todas las implicaciones lógicas y jurídicas propias del tema, cosa que he hecho en el *Sistema procesal...* del cual he tomado el texto que desarrollo en este libro. Sin embargo, algo debo decir para que el lector pueda comprender lo que sigue.

Cuando una norma imperativa de conducta no se agota por cumplimiento de la prestación prevista y es menester ocurrir a la alternativa de la sanción, al igual que en *todo* lo que ocurre en la interacción vertical que existe entre gobernante y gobernado, hace a la esencia misma de la convivencia social que éste pueda dirigirse a aquél en procura de una respuesta que brinde adecuada solución al problema o conflicto que le plantea.

Esta necesidad muestra que, dentro del *estatuto que rige el poder político*, pueden existir — y jurídicamente existen — diversas posibles *relaciones* que unen al particular con la autoridad y constituyen formas típicas de actuación que son determinables *a priori* en función de la actuación que ha de cumplir el gobernado o por la que él exige de la autoridad.

Ya puedo decir que, a la actividad que realiza el gobernado cuando hace uso de ellas, se le da el nombre de *instar*, lo que produce *instancias* (o *derecho de instancia* si se las juridiza).

Lógicamente, el *instar* constituye un *impulsar a otro para que a su vez impulse nuevamente*, formando en definitiva la cadena de actos que está prevista con anticipación en la norma.

Así es que, jurídicamente, se define a la instancia como *el derecho que tiene toda persona (gente o ente) de dirigirse a la autoridad para obtener de ella, luego de un procedimiento, una respuesta cuyo contenido final no puede precisarse de antemano*.

Entre el primer instar y la resolución que recae finalmente sobre él existe *necesariamente* una serie de actos a cumplir en un orden ya establecido y que, ya se verá, recibe el nombre de *procedimiento*.

De tal forma, el *objeto* (lo que desea lograr) *de la instancia es siempre un procedimiento, en tanto que el objeto de este es una resolución de la autoridad*.

Efectuando *a priori* una determinación lógica de todas las posibles instancias en la relación *particular (gobernado) - autoridad (gobernante)*, en exclusivo orden a la actividad cumplida y con prescindencia de sus respectivos contenidos — que pueden ser infinitos — se advierte que ellas sólo pueden ser cinco y se conocen doctrinalmente con el nombre de petición, reacertamiento, queja, denuncia y acción procesal.

Estas posibles instancias pueden ser *primarias* (no suponen una instancia cumplida con anterioridad) o *secundarias* (suponen la existencia de otra instancia previa) y *con o sin contenido pretensional*.

La petición, la denuncia, la queja y el reacertamiento son definitivamente *unilaterales* desde la óptica del goberna-

tar también que el proceso no es otra cosa que una *serie lógica y consecencial de instancias bilaterales conectadas entre sí por la autoridad* (juez o árbitro).

Se entiende por *serie* el conjunto de elementos relacionados entre sí y que se suceden unos a otros invariablemente (siempre de la misma forma); este concepto contiene numerosas aplicaciones en el lenguaje corriente: es habitual hablar de las series *aritmética* (1-2-3-4-5), *geométrica* (2-4-8-16-32), *alfabética* (a-b-c-d-e), *cronológica* (*mensual*: enero-febrero-marzo-abril y *semanal*: lunes-martes-miércoles-jueves), *musical* (do-re-mi-fa-sol), etcétera, utilizando al efecto una idea de fácil comprensión por todos.

Los ejemplos recién referidos ostentan una característica particular: no obstante que un elemento de la serie sucede necesariamente a otro en la composición del total, puede ser extraído de ella para tomar vida propia.

En otras palabras: el significado de cualquiera de tales elementos no varía, ya sea integrando o no la serie que compone.

do, pues unen siempre a *dos* sujetos: a quien insta y a la autoridad que recibe el instar. La última —la acción procesal— es de necesario contenido bilateral pues tiene como objeto unir siempre a *tres* sujetos: quien insta, la autoridad que recibe el instar y aquél contra quien se insta o pretende.

Si bien se mira, la acción procesal tiene como objeto la formación de un *proceso* y este se presenta, así, como un fenómeno inconfundible *por ser irrepetible en el mundo jurídico*.

De consiguiente, un número dado —el tres, por ejemplo— ostenta siempre idéntica característica conceptual, ya se encuentre solo o detrás del dos y delante del cuatro.

Pero jugando con la idea puede verse algo más importante: si se toman dos elementos de la serie y se los extrae de ella, pueden combinarse entre sí logrando resultados diferentes: si se escogen el 1 y el 2, por ejemplo, se los aísla y combina, puede formarse el 12 y, aún más, el 21 al presentarlos invertidos.

Lo mismo puede hacerse con la serie alfabética: si se aíslan la A y la Y, por ejemplo, y se las combina, pueden lograrse palabras con distinto significado según cómo se antepongan los elementos: AY - YA.

No ocurre cosa igual con una serie *lógica*, porque ella puede presentarse *siempre* sólo de una misma e idéntica manera, careciendo de toda significación el aislamiento de uno cualquiera de sus términos o la combinación de dos o más en un orden diferente al que muestra la propia serie.

Para la mejor comprensión de ello, repárese en que lo lógico de la serie procesal es su propia composición, ya que siempre habrá de exhibir *cuatro fases* (ni más, ni menos) en el siguiente orden: afirmación-negación-confirmación²-alegación.

² Recuerdo que en el Capítulo anterior adelanté que es éste es el vocablo que invariablemente utilizo para mencionar el concepto habitual de *prueba*.

Si se intenta aislar el elemento *negación*, por ejemplo, carecerá de todo sentido si no se lo vincula con una previa afirmación.

Lo mismo ocurre si se extrae el elemento *confirmación*, ya que la respectiva actividad no puede ser explicada sin una afirmación negada.

Finalmente, a idéntico resultado se llega si lo que se separa es el elemento *alegación*: no tendrá sentido alguno si no se lo vincula a una confirmación de la afirmación negada.

En otras palabras: el carácter *lógico* de la serie se presenta irrefutable a poco que se advierta que las fases del proceso son sólo las que deben ser — por una lógica formal— y que se hallan colocadas en el único orden posible de aceptar en un plano de absoluta racionalidad.

De tal forma, la mención de las palabras *serie consecucional*, significa que debe respetarse un orden dado de cierto número de elementos que exhiben la particular característica de ser cada uno el *precedente lógico del que le sigue* y, a la inversa, de ser cada uno el *consecuente lógico del que le precede*.

La serie consecucional así concebida está formada por *instancias* de las partes en litigio: *acción* del actor y *reacción* del demandado, con una peculiaridad propia que nace del concepto mismo de la acción procesal: cada instancia (acción o reacción) debe ser *necesariamente bilateral*, lo que significa que debe ser conocida por la parte que no la ejercitó a fin de poder afirmar, negar o confirmar lo que sea respecto de ella.

Insisto vehementemente en la formulación de la serie, ya tantas veces enunciada en el curso de la obra:

1) no es factible comenzar un proceso sin ejercitar una acción (mediante una demanda conteniendo una pretensión para ser satisfecha por el demandado o reo).

Cuando ocurre cosa distinta (por ejemplo, iniciación de la serie por el propio juez, lo cual acaece en el sistema inquisitivo) *no hay* proceso lógicamente concebido.

Habrà sí un simple procedimiento pero no una instancia que reúna a tres personas en una relación dinámica (cosa que en materia penal sólo se presenta dentro del sistema acusatorio);

2) tampoco es posible evitar la fase de negación, que es la que permite al demandado oponerse a la pretensión del actor.

Si ello ocurriese, triunfaría sin más la simple versión de los hechos y/o del derecho dado por el propio pretendiente, a quien se privilegiaría por diversas razones que no son atendibles en orden a la razón de ser del proceso;

3) tampoco podría evitarse la fase de confirmación, pues una afirmación negada no pasaría de ser una simple manifestación de la voluntad del actor, inatendible como tal;

4) por último, es lógicamente imposible cercenar la fase de alegación o de evaluación, pues en ella la parte que confirmó su afirmación intenta mostrar al juzgador cómo lo ha logrado, uniendo muchas veces extremos que pueden pasar inadvertidos has-

ta para ojos avizores distintos de los del propio interesado.

Tan claro parece esto —máxime en procesos en los cuales no se admite discutir o aceptar *antes* de la sentencia una *impertinencia confirmatoria*— que no creo que quepa discusión alguna al respecto.

Sin embargo, varias legislaciones contemporáneas han eliminado a este paso de la serie so pretexto de que así se gana en economía y en celeridad³.

A mi juicio, ello constituye un pecado gravísimo: en homenaje a la celeridad se ha destruido la idea lógica de proceso, con miles de años de antigüedad y vigente en todos los países del orbe.

Resumiendo: para que un proceso sea tal y no otra cosa diferente —cualquiera, por supuesto— debe estar constituido siempre e inexorablemente por la totalidad de los elementos antes enunciados y colocados en el orden lógico ya señalado: afirmación-negación-confirmación-alegación.

Para finalizar: existen notables diferencias entre los conceptos de *proceso* y de *procedimiento*: en tanto éste constituye el *género* (ya que es el objeto propio de todas las instancias) aquél es la *especie* (ya que es el objeto propio y específico de la acción procesal).

De consiguiente, todo proceso supone la existencia de un procedimiento que se cumple mediante la

³ Lo cierto es que así se acepta desde la propia legislación una corruptela de larga data: *muchos jueces no leen los alegatos...*

concatenación de muchos actos realizados por las partes y por el juez.

Pero la idea de proceso supone algo más que la simple concatenación de actos: supone la *bilateralidad de todas las instancias* de las partes.

2. LA INICIACIÓN Y EL DESARROLLO DEL PROCESO

Ya es factible colegir que el proceso, como idea lógica, sólo puede ser iniciado por el ejercicio de la *acción procesal*, típica instancia de parte que no debe ser suplida por el juzgador.

De tal modo, cuando la discusión verse sobre pretensión no penal, el acto idóneo para comenzar el desarrollo de la serie será la *demanda*; y el mismo acto se denominará *acusación* cuando el debate recaiga acerca de pretensión penal.

Descarto así la iniciación (y el impulso) *de oficio* u *oficioso*, que surge del espontáneo querer del propio juez: tal cosa es propia de un procedimiento y no de un proceso.

Me he referido largamente al tema en el Capítulo anterior, al recordar la historia de los sistemas de enjuiciamiento.

Allí argumenté en contra de los fundamentos y las bases del *sistema inquisitivo*, tan arraigado todavía en las legislaciones americanas que desconocen supinamente la normativa constitucional que las condiciona y genera.

A partir de la presentación de la demanda ante la autoridad (juez o árbitro) surge para ella un claro deber procesal de *proveer* a su objeto: iniciar un proceso.

Para ello, la autoridad ha de hacer un juicio de *admisibilidad* estudiando si se dan en la especie *todos* los presupuestos de la acción y de la demanda.

De ser ello así, la autoridad (juez o árbitro) *admitirá* (en lenguaje procesal, *admitir* significa dar curso) la demanda, fijando con claridad el tipo de procedimiento (ordinario, sumario, etcétera) mediante el cual se desarrollará la serie y, al mismo tiempo, ordenando que se efectúe la *citación* del demandado para que comparezca al proceso.

En otras palabras: la autoridad se limita a *conectar* al actor con el demandado, que deberá asumir su papel procesal por la sola voluntad de la ley, que es la que lo vincula inmediatamente al proceso (debate) y a su objeto (la sentencia, con sus efectos).

De aquí en más, la autoridad realizará siempre *actos de conexión*, generando *cargas* a ambas o a alguna de las partes en litigio.

Toda *carga* contiene tres elementos que la caracterizan como tal: una orden, un plazo para cumplir lo ordenado y un apercibimiento (advertencia) acerca de lo que habrá de ocurrir al interesado si no cumple lo ordenado.

Se infiere de ello que toda posibilidad de *acción* supone una de *reacción*.

De tal modo, el legislador que prevé el desarrollo de una serie procedimental debe normar distintos efectos para ambos casos: si se cumple o no.

En razón de que los efectos propios de la inacción son cambiantes en los diferentes códigos y de

que excedería el contenido de esta obra si efectuare aquí un extenso desarrollo del tema, me concretaré a continuar la exposición desde la óptica de la acción: así, en la exposición que sigue y con simple finalidad docente, acepto *ab initio* que la parte interesada cumple siempre con las cargas impuestas por la autoridad.

Aclarado el tema, la serie continúa su desarrollo con la *comparecencia*⁴ del demandado, a quien ahora cabe otorgarle la posibilidad de negación (resistencia a la pretensión o contestación).

A este efecto, la autoridad ordena conferirle *traslado de la demanda* para que diga lo que desee respecto de la pretensión deducida.

Con esta conexión se inicia la fase procesal de negación, durante la cual el demandado puede abstenerse, someterse u oponerse e, incluso, contraatacar: reconvenir.

Como es obvio, cada actitud generará distintos efectos, que son contingentes en las legislaciones.

Ya que la actitud esperada —y habitual— es la de oposición, la autoridad se enfrenta ahora con una afirmación negada, por cuya razón tendrá que ser confirmada de acuerdo con ciertas reglas contenidas en las leyes procedimentales.

A este efecto, la autoridad inicia la siguiente fase procesal (de confirmación), *abriendo a prueba la causa* (en el lenguaje legal).

⁴ Es el resultado de *comparecer*: presentarse alguien donde ha sido convocado.

A partir de allí, las partes a quienes incumba efectuar la confirmación de una afirmación negada tendrán que *ofrecer* sus medios de confirmación, *lograr* que la autoridad los *admita* y *ordene su producción* (o desahogo), que se efectúen las notificaciones necesarias y que cada medio *se produzca* efectivamente.

Terminada toda esa actividad o antes, por el simple vencimiento del plazo acordado para desarrollarla (consecuencia de la preclusión procesal), la autoridad *clausura* la fase de confirmación y da inicio a la de *alegación*, disponiendo que las partes *aleguen* (o presenten conclusiones) acerca del mérito confirmativo de cada uno de los medios producidos durante la etapa anterior.

Habiendo ambas partes alegado, la autoridad da por finalizado el desarrollo de la serie utilizando al efecto una fórmula casi ritual: *llama autos para sentencia*, con lo cual quiere decir que de aquí en más las partes dejarán de emitir instancias y que la propia autoridad dictará la sentencia heterocompositiva del litigio.

Por supuesto, este desarrollo de la serie es ejemplar: no se han incluido los posibles incidentes o accidentes que pueden acaecer durante su curso; no se ha detallado cómo cambia el procedimiento de la serie en el supuesto de inacción; no se ha previsto la presencia contemporánea o sucesiva de distintos sujetos en la posición de parte procesal, etcétera.

No obstante, creo que ya cabe tener una idea bastante exacta de lo que ocurre cuando se utiliza al proceso como medio universal de debate y que

puedo insistir —hasta el cansancio— en que el fenómeno jurídico descrito es inédito en el mundo del Derecho. Tanto, que no aparece en parte alguna de toda su extensión.

También me permite reiterar que el desarrollo de la serie es de ineludible cumplimiento, cualquiera fuere la materia en debate.

De ahí que lo que las leyes llaman *juicio penal* es *proceso* en tanto no lo es lo que se denomina *instrucción* (que constituye un *simple procedimiento* maguer lo practique un juez).

Con el desarrollo presentado, el proceso finaliza en el primer grado de conocimiento.

Si quien resulta perdidoso en la sentencia y decide impugnarla por alguna de las razones posibles al efecto, la serie recomienza: nuevamente una necesaria fase de afirmación (ahora se denomina *expresión de agravios*), una de eventual negación (*contestación de los agravios*), una de confirmación y otra de evaluación (ambas de carácter excepcional)⁵. Y otra vez el cierre mediante el llamamiento de autos.

Y ahora la sentencia de segundo grado.

Esto ocurre invariablemente en todos los grados de conocimiento judicial.

⁵ La existencia de estas posibilidades de confirmación y de alegación tiene sus bemoles para lograr la adecuada determinación de la naturaleza de los grados superiores de juzgamiento, en tanto se discute sin son de *conocimiento* o de *simple control*.

3. EL OBJETO DEL PROCESO

La lectura de varias obras de derecho procesal revelará rápidamente que los autores asignan al vocablo *objeto* diferentes significados.

Lo más corriente es que se le otorgue el mismo contenido de la palabra pretensión: y así se dice que *el objeto del proceso es la materia que se discute durante su desarrollo*.

Pero tal óptica —aceptada expresamente en el texto de alguna legislación europea— ha generado largas polémicas doctrinales con el fin de precisar en forma adecuada el contenido del vocablo.

Tanto es así que existen obras íntegramente dedicadas a elucidar el tema, que aún continúa siendo motivo de conflictos autorales.

Según el método de explicación seguido aquí, que parte de la actividad efectivamente cumplida en la realidad con la mira puesta en la obtención de un resultado, habrá que dar a la palabra *objeto* su cuarta acepción castellana: *fin o intento a que se dirige o encamina una acción u operación*.

Cuando se produce el litigio, el actor pretende algo del demandado y éste le opone resistencia.

Y como ello ocurre en el plano jurídico del proceso, es de suponer que fue imposible autocomponer el conflicto desatado en el plano de la realidad social.

Como el proceso es sólo un medio de debate para lograr la heterocomposición de las partes, parece razonable sostener que el objeto de aquél es lograr la emisión del acto de autoridad que resolverá el litigio: la sentencia.

La aceptación de esta idea traerá aparejadas numerosas e importantes consecuencias que se deducen lógicamente: por ejemplo, si la sentencia es el objeto del proceso, no puede integrar su concepto.

Y esto se ve claramente cuando se advierte que la sentencia —acto de autoridad— no integra la serie procesal ya vista antes.

De ahí que no quepa considerar a la sentencia como un *acto procesal* (en realidad, y guste o no, *no lo es*, ya que sus efectos se extienden fuera del ámbito interno en el cual se dicta).

Simplemente, es una norma jurídica que ha perdido sus caracteres de general y abstracta al contener ahora una declaración particular con nombre y apellido de sus destinatarios.

Por supuesto, el proceso no siempre cumple o llega a obtener su objeto, toda vez que el litigio puede disolverse antes de la sentencia (por ejemplo, las partes autocomponen el litigio; el simple transcurso del tiempo extingue el proceso; etcétera).

Capítulo VII

LOS PRINCIPIOS Y LAS REGLAS TÉCNICAS PROCESALES

Sumario:

1. El problema
2. Los sistemas procesales
3. Los principios procesales
4. Las reglas técnicas del debate procesal
5. Las reglas técnicas de la actividad de sentenciar

1. EL PROBLEMA

La doctrina generalizada acepta que se entiende por *principios procesales* las grandes directrices que expresa o implícitamente brinda el legislador para que el método de enjuiciamiento pueda operar eficazmente de acuerdo con la orientación filosófico-política de quien ejerce el poder en un tiempo y lugar determinado.

Es en este tema donde puede apreciarse cabalmente y en toda su magnitud la idea de *alternatividad*: como el contenido de las normas jurídicas implica la solución legal a un conflicto de convivencia, es posible que cada problema que nazca a raíz de ella genere distintos interrogantes en orden a buscar respuestas que, naturalmente, pueden ser antagónicas.

De ahí que el legislador deba *optar* siempre por *una* de por lo menos *dos* soluciones.

Por ejemplo, una sociedad incipiente puede verse en la necesidad de legitimar o no a las uniones

de parejas; si lo hace debe optar nuevamente entre regular la unión en forma homo o heterosexual; si elige esta última, ha de escoger ahora una de tres posibles regulaciones: monogamia, poligamia o poliandria; en cualquier caso, debe decidir luego entre aceptar o no la disolución del vínculo matrimonial, etcétera, etcétera.

Del mismo modo, para regular el proceso como medio de debate, el legislador debe elegir alguna de las alternativas que se le presentan como posibles respuestas para solucionar los interrogantes que pueden formularse al respecto:

1) ¿quién debe iniciar el proceso?

2) ¿quién lo impulsará?

3) ¿quién lo dirigirá?

4) ¿habrá que imponer formalidades para el debate?

5) en su caso, ¿cómo se discutirá en el proceso?

6) ¿quién y cómo lo sentenciará?

7) ¿qué valor tendrá lo sentenciado?

Insisto en que cada pregunta admite por lo menos dos respuestas. Y naturalmente, el legislador optará por la que se halle acorde con la filosofía política que lo inspira.

Véanse ahora ejemplos de las diferentes soluciones:

1) *¿Quién inicia el proceso?*

El legislador puede otorgar la correspondiente facultad a las partes o al propio juez.

Doctrinalmente, el problema origina lo que habitualmente se denomina *principio de iniciativa* (ya

se verá más adelante que esto no es un principio) que opera procedimentalmente por *presentación de parte* o por *investigación judicial*;

2) *¿Quién impulsa el proceso?*

La opción será la misma: las partes (origina lo que corrientemente se denomina *principio dispositivo*) o el juez (*principio inquisitivo*).

Ya se ha visto en el Capítulo III que no son *principios* sino *sistemas*;

3) *¿Quién dirige el proceso?*

Mantendrá idéntica opción: las partes (consecuencia del *principio dispositivo*) o el juez (recibe la denominación de *principio de autoridad judicial*);

4) *¿Se imponen formalidades para desarrollar el debate?*

Puede responderse que no es necesario (*principio de libertad de formas*) o que si lo es (*principio de legalidad de las formas*);

5) *¿Cómo se hace la controversia?*

Corresponde determinar:

a) si se exigirá una discusión efectuada con probidad, lealtad y buena fe (*principio de moralidad*) o si se permitirá la añagaza y la arteria procesal que, en definitiva, implicará aceptar el «derecho» de la fuerza en el proceso;

b) si se admitirá que las partes deban recibir un tratamiento igualitario en el proceso (*principio de igualdad*) o no; como consecuencia de aceptar la primera opción, corresponderá determinar:

c) si se otorgará a cada litigante posibilidad de contradecir (*principio de contradicción* o de

bilateralidad) o no (*principio de unilateralidad*) la afirmación de su oponente;

d) qué medio de expresión se utilizará en el proceso (*principios de oralidad y de escritura*);

e) cualquiera de ellos que se acepte, tendrá que decidir ahora si será o no conveniente que entre el juez y las partes y el material instructorio que ellas aporten, existan intermediarios o no (*principios de mediación e inmediación*);

f) si conviene a la sociedad que los procesos sean secretos o públicos (*principios de publicidad y secreto*);

g) si es menester preordenar la eficacia de los medios de confirmación (*principio de la prueba formal y tasada*) o dejarla librada al puro razonamiento del juzgador (*principio de la racionalidad probatoria*);

h) si es importante, en aras de la moralidad procesal pretendida, que las partes no puedan desistir de un medio probatorio que, luego de producido, resultó adverso al interés del oferente (*principio de adquisición*);

i) si es conveniente desarrollar el debate con un orden metódico (*principio de orden consecutivo*, que puede ser *legal* o *discrecional*) que implica el cumplimiento de pasos procesales preestablecidos en el orden y en el plazo dictado por la ley (*principio de preclusión*) o no (*principio de libre desenvolvimiento*). Y aun dentro de esta cuestión,

j) si conviene que los plazos fenezcan por el mero transcurso del tiempo (*principio de perentoriedad* o *fatalidad*) o después de que las partes lo acusen;

k) si en orden a cumplir una efectiva impartición de justicia, corresponde hacer o no el proceso lo menos gravoso posible para el litigante (*principio de economía*), que permita obtener una pronta solución del litigio (*principio de celeridad*). Congruente con ellos,

l) si conviene permitir que las defensas puedan deducirse sucesivamente, de acuerdo con su importancia frente a la pretensión o si, por lo contrario, tendrán que ser presentadas conjunta y simultáneamente, a fin de que una sea considerada en defecto de la otra (*principio de eventualidad*), y

m) si es razonable o no que los actos procesales se agrupen a fin de evitar inútil desgaste jurisdiccional (*principio de concentración*).

6) ¿Quién decide el litigio?

Por último, acerca de quién y cómo habrá de decidir el proceso, habrá que optar entre un juez profesionalizado (*principio del juez técnico*) o por miembros de la comunidad (*principio del juicio por jurados*); en ambos casos, en orden a lograr una justicia más acabada para el caso concreto, tendrá que decidirse si conviene otorgar al justiciable uno o varios grados de conocimiento o no (*principios de única y de múltiples instancias*).

7) ¿Cómo se decide el litigio?

En cuanto a cómo habrá de dictarse la sentencia, tendrá que preverse si ella guardará correspondencia con las pretensiones de las partes (*principio de congruencia*) o si el juez será absolutamente libre en su decisión; y, para finalizar, si será o no necesario que las partes invoquen y prueben el derecho que ampara sus peticiones (*principio iura novit curiae*).

Al describir las posibles respuestas que puede dar el legislador, he mencionado la denominación que a cada una le otorga la doctrina procesal de todos los tiempos y, particularmente, en la Argentina.

Sin embargo, si se lee atentamente cada caso y se lo compara con los demás, se advertirá que con la palabra *principios* se mencionan las cosas más diversas, algunas de las cuales nada tienen que ver con las otras.

Y esto no es bueno para la adecuada comprensión de cada tema y, sobre todo, para la del propio fenómeno del proceso.

Lo que corresponde hacer en el caso, entonces, es indagar la esencia misma de cada uno de estos llamados *principios* a fin de poder metodizarlos adecuadamente.

Y cuando ello ocurre se comprende que con tal palabra se mencionan indistintamente a tres cosas diferentes que, en verdad, deben ser denominados como *sistemas de enjuiciamiento*, *principios procesales* y *reglas técnicas* del debate y de la actividad de sentenciar.

2. LOS SISTEMAS PROCESALES

Ya expliqué en el Capítulo III qué son los *sistemas procesales* y los mencioné determinándolos adecuadamente como *dispositivo* o *acusatorio* por un lado e *inquisitivo* o *inquisitorio* por el otro.

Por tanto, no cabe hablar propiamente de un *principio* con cada una de estas denominaciones, máxime cuando ya se ha visto que el sistema

inquisitorio no pudo, no puede ni podrá nunca generar un proceso, por repugnar a su esencia lógica.

De los principios y de las reglas técnicas me ocuparé seguidamente.

3. LOS PRINCIPIOS PROCESALES

Para comprender el planteo del tema, lo primero que cabe hacer es aclarar qué se entiende por *principio*: se trata simplemente de un punto de partida.

Pero así como nadie puede caminar *hacia ninguna parte* (siempre que lo haga tomará una dirección: hacia adelante, hacia atrás, etcétera), ese punto de partida debe ser visto en función de lo que se pretende hallar o lograr al llegar (en el derecho privado esto se llama *causa eficiente* y *causa fin*).

Si lo que se desca es regular un medio pacífico de debate dialéctico entre dos antagonistas en pie de igualdad¹ ante un tercero² que heterocompondrá el litigio³, formular los *principios* necesarios para lograrlo implica tanto como trazar las líneas directivas fundamentales que deben ser *imprescindiblemente* respetadas para lograr el mínimo de coherencia que supone todo sistema.

Así concebidos, todos los *principios procesales* propiamente dichos, sin importar ahora las deno-

¹ Para descartar el uso de la fuerza.

² Que, como tal, es imparcial, imparcial e independiente.

³ Si es que no se disuelve por alguna de las vías posibles de autocomposición.

minaciones erróneas que he consignado precedentemente, son sólo cinco:

1) la *igualdad* de las partes litigantes; 2) la *imparcialidad* del juzgador; 3) la *transitoriedad* del proceso; 4) la *eficacia* de la serie procedimental y 5) la *moralidad* en el debate.

Veamos qué es cada uno de ellos.

1) *El principio de igualdad de las partes*

Esencialmente, todo proceso supone la presencia de dos sujetos (carácter *dual* del concepto de parte) que mantienen posiciones antagónicas respecto de una misma cuestión (pretensión y resistencia).

Ya se ha visto recurrentemente en esta obra que si ello no ocurre se está ante un simple procedimiento y no ante un proceso.

Si la razón de ser del proceso es erradicar la fuerza ilegítima de una sociedad dada y, con ello, igualar jurídicamente las diferencias naturales que irremediablemente separan a los hombres, es consustancial de la idea lógica de proceso el que el debate⁴ se efectúe *en pie de perfecta igualdad*⁵.

⁴ Insisto recurrentemente en que el debate procesal es *lucha*, no un paseo alegre y despreocupado de las partes tomadas de la mano y caminando por el parque. Por tanto, los contendientes —protagonista y antagonista— no están interesados en la búsqueda de la verdad —cual lo afirma la doctrina— sino en *ganar* en lo pretendido o en lo resistido!

⁵ Si no se acepta la imprescindible necesidad que tienen ambas partes de discutir en situación de exacta igualdad jurídica y, por tanto, se mantiene en el proceso la natural

Tan importante es esto que todas las constituciones del mundo consagran de modo expreso el *derecho de igualdad ante la ley*, prohibiendo contemporáneamente algunas situaciones que implican clara desigualdad: prerrogativas de sangre y de nacimiento, títulos de nobleza, fueros personales, etcétera, y admitiendo otras que permiten paliar la desigualdad: el libre acceso a los tribunales de quienes carecen de los medios económicos suficientes para ello, etcétera.

En el campo del proceso, igualdad significa *paridad de oportunidades y de audiencia*; de tal modo, las normas que regulan la actividad de una de las partes antagónicas no pueden constituir, respecto de la otra, una situación de ventaja o de privilegio, ni el juez puede dejar de dar un tratamiento absolutamente similar a ambos contendientes.

La consecuencia natural de este principio es la regla de la *bilateralidad o contradicción*: cada parte tiene el irrestricto derecho de ser oída respecto de lo afirmado y confirmado por la otra.

En otras palabras: igualdad de ocasiones de instancias de las partes.

Si esto no se respeta habrá una simple *aparición de proceso*. Pero nunca un verdadero proceso, tal como lo concebimos en esta obra acorde con el mandato constitucional.

desigualdad humana, ¿para qué hemos adoptado el proceso como método de debate? ¿No es ello una simple hipocresía? ¿No es más fácil y honesto continuar la antigua tradición del uso de la fuerza?

2) *El principio de imparcialidad del juzgador*

De tanta importancia como el anterior es éste, que indica que el tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio debe ostentar claramente ese carácter: para ello, no ha de estar colocado en la posición de parte (*imparcialidad*) ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo⁶; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (*imparcialidad*) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (*independencia*).

Esto que se presenta como obvio —y lo es— no lo es tanto a poco que el lector quiera estudiar el tema en las obras generales de la asignatura.

Verá en ellas que, al igual que lo que acacce con el concepto de *debido proceso*, la mayoría se maneja *por aproximación* y nadie lo define en términos positivos.

En realidad, creo que todos —particularmente los magistrados judiciales— sobrentienden tácitamente el concepto de imparcialidad pero —otra vez— nadie afirma en qué consiste con precisión y sin dudas.

Por eso es que se dice despreocupada —y erróneamente— que los jueces del sistema inquisitivo

⁶ Por eso es, precisamente, que en el sistema inquisitivo no puede hablarse con propiedad de una *imparcialidad judicial* en razón de que el juez es, al mismo tiempo, el acusador... Es decir: *juez y parte*. Idéntica reflexión cabe hacer respecto del juez de lo civil dentro del sistema que le permite subrogar a la parte procesal en la tarea de confirmar.

pueden ser y de hecho son imparciales en los procesos en los cuales actúan⁷.

⁷ Los jueces de América en general no han sido preparados para actuar con imparcialidad. En rigor, una gran mayoría ignora en qué consiste esa *destreza* (cual la denomina importante magistrado chileno), así como cuál es su verdadera esencia o las variadas situaciones en las cuales el concepto queda vulnerado y, con él, la garantía del *debido proceso*.

Antes bien, la cultura paternalista que al mejor estilo *Macondo* nos han impuesto los parámetros autoritarios que rigen desde siempre en este sufrido continente, hace que los jueces en general vean como correctas las actitudes propias que cumplen a diario para tratar de *igualar la desigualdad natural* de las partes procesales en homenaje — otra vez — a una difusa meta de Justicia que bien pueden llegar a lograr. Pero ilegítimamente.

El problema surge, a no dudar, del doble papel protagónico de *juez y parte* que el sistema inquisitivo acuerda al juzgador.

Así ocurre hasta hoy en la mayor parte de América con los jueces laborales y los jueces de menores, encargados desde siempre de obviar la desigualdad del trabajador frente al patrón y la del menor en situación de abandono, cuyo interés superior deben privilegiar a todo trance.

Estoy convencido de que esa notable *desigualdad real* debe ser paliada. Pero no por el juez, encargado final de asegurar la *igualdad jurídica* de las partes procesales. Antes bien, podrá ser cuidada por defensores *ad hoc*, por asesores en el litigio que procedan promiscuamente con los representantes de los menores y de los trabajadores, por muchos y variados funcionarios — acepto a todos los que imagine el lector — quienes se dediquen con exclusividad a ello. Pero insisto: nunca por el juez pues, al desnivelar la igualdad jurídica para lograr una supuesta y nunca alcanzable igualdad real, logra sólo desequilibrar el fiel de la balanza de la Justicia y hacer ilegítima su sentencia. Por justa que sea en los hechos... y para el sentir del propio juzgador.

Tal vez toda esta execrable actitud paternalista provenga de mal copiar sin meditarlo la función de los jueces penales que procesan y juzgan en el sistema inquisitivo, en el cual tienen el deber de aplicar siempre la ley más benigna y de introducir oficiosamente el conocimiento de hechos que configuran excepciones cuando el reo no las ha opuesto (por ejemplo, lo sobreseen por amnistía no obstante que el amnistiado no haya hecho valer la respectiva defensa en el juicio).

Como cruel corolario final de toda esta exposición, recuerdo que habitualmente soy interrogado por algunos jueces que, aceptando mis parámetros lógico-interpretativos y académicos, afirman no compartirlos en el campo de la Justicia, pues ese criterio aséptico de la imparcialidad que pregonan no sirve para prevenir la desigualdad de la parte más débil que no pudo contratar al abogado de renombre que asiste a su contrario y, por eso, deben ayudar para que el joven y poco preparado letrado efectúe una defensa correcta y, llegado el caso, suplirlo (con lo cual la ayuda ya no es para la parte débil sino para el abogado ignorante).

Estas actitudes duelen al Derecho y, a poco que se las analice, repugnan a la legitimidad procesal.

Para empezar, de nada vale ser buen abogado para estos jueces justicieros que, en lo que creen su augusta misión, igualan hacia abajo.

Por esto mismo es que el joven abogado no se prepara adecuadamente: no sólo no le sirve —pues así es como logra la ayuda del juez— sino que, tragicómicamente, el estudio conspira contra sus propios intereses: cuando sea un letrado reconocido y capaz de abogar como Dios manda, el juez tomará partido seguro por el adversario joven e inexperto, ignorante y chapucero...

¿Se advierte cómo y cuánto se iguala hacia abajo y, a la postre, se perjudica todo el sistema de Justicia?

Lo que habría que hacer cuando una parte está mal defendida es ordenar el cambio de abogado —claro que esto es fuerte, aunque se use habitualmente en los países que pertenecen al *common law*— o, más livianamente, *ordenar una asistencia letrada al letrado que la necesita*. En este sentido hay norma expresa en muchas legislaciones (por ejemplo, ver la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, Argentina).

Pero hay algo más: la palabra *imparcialidad* significa varias cosas diferentes a la *falta de interés* que comúnmente se menciona en orden a definir la cotidiana labor de un juez.

Por ejemplo,

- ausencia de prejuicios de todo tipo (particularmente raciales o religiosos);
- independencia de cualquier opinión y, consecuentemente, tener oídos sordos ante sugerencia o persuasión de parte interesada que pueda influir en su ánimo;
- no identificación con alguna ideología determinada;
- completa ajenidad frente a la posibilidad de dádiva o soborno; y a la influencia de la amistad, del odio, de un sentimiento caritativo, de la haraganería, de los deseos de lucimiento personal, de figuración periodística, etcétera.
- Y también es no involucrarse personal ni emocionalmente en el meollo del asunto litigioso
- y evitar toda participación en la investigación de los hechos o en la formación de los elementos de convicción,
- así como de fallar según su propio conocimiento privado el asunto.
- Tampoco debe tener temor al qué dirán ni al apartamiento fundado de los precedentes judiciales, etcétera.

Si bien se miran estas cualidades definitorias del vocablo, la tarea de *ser imparcial* es asaz difícil pues

exige absoluta y aséptica⁸ neutralidad⁹, que debe ser practicada en todo supuesto justiciable con todas las calidades que el vocablo involucra¹⁰.

3) *El principio de transitoriedad del proceso*

Nadie puede dudar de que el proceso es un remedio para solucionar los conflictos que ponen en peligro la convivencia armónica de quienes integran una sociedad.

Pero ello no significa que constituya un bien en sí mismo: cuando alguien está afiebrado se sabe que la temperatura bajará ingiriendo aspirina en la dosis necesaria que, de ser excedida, puede ocasionar nueva enfermedad.

Lo mismo sucede con el proceso: su duración como medio de debate debe estar adecuadamente equili-

⁸ Si bien la voz *asepsia* significa *ausencia de materia productora de descomposición o de gérmenes que pueden producir infecciones o enfermedades*, por extensión se dice que *aséptico* es quien *no muestra ninguna emoción ni expresa sentimientos*.

⁹ Es la actitud o comportamiento del que no se inclina por ninguna de las dos partes que intervienen en un enfrentamiento ni las beneficia ayudando a forzar la solución pretendida por una de ellas.

¹⁰ Insisto vehementemente en esto por cuanto los jueces del sistema inquisitivo sostienen siempre —y con absoluta buena fe— que actúan con una *imparcialidad funcional* que nada tiene que ver con la *imparcialidad personal o espiritual* que, de existir, no empañan a aquélla. Frase similar se lee en *Los miserables*, dicha por el Inspector Javert para justificar su tenaz persecución al desgraciado Jean Valjean: cuando el policía descubre que no es así, se suicida.

brada para lograr que actúe como remedio sin ocasionar nuevo conflicto.

De ahí que todo proceso deba ser necesariamente *transitorio*, significando ello que alguna vez ha de terminar, sin posibilidad de reabrir la discusión ya cerrada.

La serie procedimental puede ser más o menos dilatada en el tiempo; pueden sucederse o no varios grados de conocimiento judicial. Pero es imprescindible que en algún momento se le ponga punto final que sea definitivo para todos: partes y juzgador¹¹.

Y esta es una directiva fundamental del sistema: toda normativa procedimental debe estar regulada en orden a lograr —y lo antes posible— la terminación del proceso, al efecto de lograr el aquietamiento de las pasiones enardecidas.

4) *El principio de eficacia de la serie procedimental*

Para que el proceso pueda funcionar como adecuado medio de debate es imprescindible que la serie consecucional que lo instrumenta sea apta para que en ella se desarrolle armónicamente el diálogo querido por el legislador.

Para que una serie procedimental sea eficaz a este efecto, debe estar constituida por los pasos ya enunciados varias veces en el curso de esta obra: afirmación, negación, confirmación y alegación.

¹¹ Una de las grandes conquistas de la humanidad es la legislación que hace *definitivo* a todo sobreseimiento penal.

Faltando uno solo de ellos la serie se vuelve definitivamente ineficaz.

Ya abundé sobre ese tema en esta obra, al sostener que la eliminación de la etapa de la alegación en la mayoría de los trámites legislados en la actualidad —so pretexto de que hay que acelerar el final del proceso— conspira no sólo contra la seguridad jurídica sino también contra el concepto constitucional de *debido proceso*.

5) *El principio de moralidad procesal*

Si la razón de ser del proceso es erradicar toda suerte de fuerza ilegítima de una sociedad y evitar que todos se hagan justicia por mano propia, no puede siquiera concebirse que el legislador norme un medio de debate en el que pueda ser utilizada la fuerza bajo la forma de aviesa arteria o traición.

De ahí que la regla moral ha de presidir siempre el desarrollo del proceso y el de los actos procedimentales que lo componen, al igual que debe hacerlo en todos los demás actos de la vida jurídica.

Hasta aquí la enunciación de los principios procesales, que instrumentan directivas *unitarias* (no admiten otras antagónicas), carácter que los diferencia de las *reglas* que se expondrán en el número siguiente, que siempre se presentan con la calidad de *binarias*.

La importancia de esta concepción radica en la circunstancia de que *un proceso sólo es tal cuando se desarrolla conforme a la totalidad de los principios enunciados*.

Insisto en ello: si las partes no actúan en pie de igualdad, o si el juzgador no es imparcial, o si la

actividad de procesar no tiene un punto final pre-determinado, o si la serie adoptada para su desarrollo no es eficaz para efectuar el debate o, finalmente, si la discusión se realiza al margen de la regla moral, se estará ante un simple procedimiento y *nunca ante un proceso*.

Ello significa que, no obstante tener la denominación de tal, su resultado no podrá ganar jamás los efectos propios del caso juzgado.

A tan importante conclusión ha llegado la Corte Suprema de Argentina al anular una sentencia ejecutoriada —imposible de pensar hasta ese entonces— por haber sido emitida en *una parodia de proceso* (que no respetó en el caso los dos primeros principios antes enunciados)¹².

4. LAS REGLAS TÉCNICAS DEL DEBATE PROCESAL

Al plantear el problema que presenta este tema (ver punto 1 de este Capítulo), he reseñado la corriente doctrinal que denomina como *principios* a ciertas cosas que no lo son.

En el número anterior ya he establecido qué es un principio, afirmando que siempre ostenta un carácter *unitario* y que, sin su presencia efectiva, no puede hablarse seriamente de proceso.

¹² Ver el conocido caso *Campbell Davidson c. Provincia de Buenos Aires*, fallo del 19.02.71, publicado en *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, vol. 279, pág. 59. También en la revista jurídica *El Derecho*, vol. 36, pág. 290.

Toca ahora señalar que existen otras líneas directrices que se presentan siempre e invariablemente en forma *binaria* o como *pares antinómicos*, al decir de talentoso jurista oriental.

Y es que cada una de las preguntas formuladas al comienzo de este Capítulo respecto del debate judicial (en rigor, acerca del procedimiento y no del proceso) admite *siempre* dos respuestas antagónicas (oralidad o escritura; mediación o inmediatez; etcétera)¹³.

Cuando el legislador opta por una de ellas desplaza automáticamente a la otra, en razón de que no pueden coexistir (existir al mismo tiempo) actitudes que se excluyen (es imposible hacer y no hacer al mismo tiempo).

Esto no implica que no puedan sucederse en etapas diversas del proceso (por ejemplo, una es escrita y la siguiente oral).

A estas líneas directrices les asigno la denominación de *reglas técnicas del debate procesal* y, por razones obvias, ostentan una importancia sensiblemente menor que la de los principios: sin éstos no

¹³ Acá es donde puede verse con claridad la esencia *unitaria* de los principios: si se arman con ellos pares antinómicos — cual acabo de hacerlo con las reglas procesales — habrá que presentar una idea antagónica de la que encierra cada principio. Y así, habrá que optar entre *la igualdad y la desigualdad* de las partes, entre *la imparcialidad y la parcialidad* del juzgador, entre *la moralidad y la inmoralidad* del debate, etcétera. ¿Puede concebirse dislate mayor? ¿Se comprende el por qué resulta menester hacer la distinción entre principios y reglas?

hay proceso; pero habiéndolo, poco importa ontológicamente que el medio de expresión ante el juzgador sea la oralidad o la escritura, por ejemplo, en tanto que la respectiva regla no desnaturalice la esencia misma del proceso.

La antinomia que presentan todas las reglas de debate se correlaciona con la incompatibilidad existente entre los sistemas dispositivo e inquisitivo.

De tal modo, habitualmente los componentes de cada par antinómico se corresponden con uno de los sistemas procesales (por ejemplo, la publicidad es propia del sistema dispositivo; el secreto, del inquisitivo).

En razón de haber negado anteriormente en esta obra el carácter de proceso al método de discusión que se desarrolla de acuerdo con la filosofía que impera en el sistema inquisitivo, enunciaré ahora sólo las principales reglas técnicas de debate en orden a lo que universalmente se considera que es un debido proceso.

Las reglas que corresponden al tema se relacionan:

- con el medio de expresión en el proceso,
- con sus formalidades,
- con su coste y rapidez de solución,
- con su publicidad,
- con el orden de la discusión,
- con el desarrollo de la serie,
- con la deducción de defensas y proposición de medios de confirmación y la utilización de sus resultados, y

Toca ahora señalar que existen otras líneas directrices que se presentan siempre e invariablemente en forma *binaria* o como *pares antinómicos*, al decir de talentoso jurista oriental.

Y es que cada una de las preguntas formuladas al comienzo de este Capítulo respecto del debate judicial (en rigor, acerca del procedimiento y no del proceso) admite *siempre* dos respuestas antagónicas (oralidad o escritura; mediación o inmediatez; etcétera)¹³.

Cuando el legislador opta por una de ellas desplaza automáticamente a la otra, en razón de que no pueden coexistir (existir al mismo tiempo) actitudes que se excluyen (es imposible hacer y no hacer al mismo tiempo).

Esto no implica que no puedan sucederse en etapas diversas del proceso (por ejemplo, una es escrita y la siguiente oral).

A estas líneas directrices les asigno la denominación de *reglas técnicas del debate procesal* y, por razones obvias, ostentan una importancia sensiblemente menor que la de los principios: sin éstos no

¹³ Acá es donde puede verse con claridad la esencia *unitaria* de los principios: si se arman con ellos pares antinómicos — cual acabo de hacerlo con las reglas procesales — habrá que presentar una idea antagónica de la que encierra cada principio. Y así, habrá que optar entre *la igualdad y la desigualdad* de las partes, entre *la imparcialidad y la parcialidad* del juzgador, entre *la moralidad y la inmoralidad* del debate, etcétera. ¿Puede concebirse dislate mayor? ¿Se comprende el por qué resulta menester hacer la distinción entre principios y reglas?

hay proceso; pero habiéndolo, poco importa ontológicamente que el medio de expresión ante el juzgador sea la oralidad o la escritura, por ejemplo, en tanto que la respectiva regla no desnaturalice la esencia misma del proceso.

La antinomia que presentan todas las reglas de debate se correlaciona con la incompatibilidad existente entre los sistemas dispositivo e inquisitivo.

De tal modo, habitualmente los componentes de cada par antinómico se corresponden con uno de los sistemas procesales (por ejemplo, la publicidad es propia del sistema dispositivo; el secreto, del inquisitivo).

En razón de haber negado anteriormente en esta obra el carácter de proceso al método de discusión que se desarrolla de acuerdo con la filosofía que impera en el sistema inquisitivo, enunciaré ahora sólo las principales reglas técnicas de debate en orden a lo que universalmente se considera que es un debido proceso.

Las reglas que corresponden al tema se relacionan:

- con el medio de expresión en el proceso,
- con sus formalidades,
- con su coste y rapidez de solución,
- con su publicidad,
- con el orden de la discusión,
- con el desarrollo de la serie,
- con la deducción de defensas y proposición de medios de confirmación y la utilización de sus resultados, y

- con la presencia efectiva del juzgador durante su tramitación.

Veamos ahora las reglas que se corresponden con cada uno de estos problemas.

1) *Oralidad o escritura*

La regla opera según que se utilice la palabra oral o escrita para efectuar cada una de las actuaciones que requiere el desarrollo de la serie procedimental.

No obstante lo que se afirma repetidamente por los autores de la materia en cuanto a la necesidad de instaurar un procedimiento oral para que se adecue con el texto constitucional, lo cierto es que, a los fines de respetar la esencia de la idea de proceso, tan válida es una como la otra¹⁴.

¹⁴ La afirmación no es pacífica en la doctrina: conocido autor argentino proclama que si el juicio no es oral no se respeta la garantía constitucional del debido proceso.

No comparto la idea y afirmo rotundamente lo contrario: un juicio escrito es suficiente garantía si se cumple escrupulosamente con la vigencia de los principios procesales, en especial los que refieren a la igualdad de los parciales y a la imparcialidad del juzgador. De cualquier forma, es claro que la doctrina insiste de modo recurrente y desde hace años con la oralidad al pregonar que es el mejor método de enjuiciamiento y que, por tanto, cabe sostener con verdadero fundamentalismo la bandera *¡oralidad o muerte!* levantada en aquella inolvidable polémica de los años '60 que se tituló *tinta versus saliva*.

Por mi parte, a esta altura de la vida y después de haber pasado años en esa misma exacta tesitura, no tengo ya tan claro el panorama.

Sucede que en mi experiencia judicial he podido actuar casi cuatro años como juez del sistema oral (integrando un *Tri-*

Entre nosotros, la *oralidad* se ha confundido siempre e inexplicablemente con la *instancia única*¹⁵.

bunal Colegiado de Juicio Oral de instancia única en cuanto a los hechos en materias civiles tales como divorcio, filiación, accidentes de tránsito, etcétera), y más de veintisiete en el sistema escrito con la más amplia competencia civil, tanto en primero como en segundo grado de conocimiento. En mi actuación oralista aprendí allí que *no es oro todo lo que reluce* y que el sistema es mucho más vulnerable que el escrito.

¹⁵ Las críticas que seguidamente relataré derivan de esa confusión. Volveré pronto sobre la oralidad. Pero antes, las críticas a ella tal como se presenta en la actualidad, concebida como propia y específica de la única instancia.

Sin extenderme demasiado sobre el tema, presento algunas pocas reflexiones a modo de ejemplo:

a) la oralidad exige una cultura extrajurídica a los jueces: la de no levantarse de sus sillas mientras se desarrolla el proceso. Como en general nadie ostenta tal *cultura trase-ra*, hay tan grande movimiento de jueces en la sala mientras declaran los testigos, peritos, etcétera, que es imposible cualquier deliberación entre los juzgadores antes de dictar la sentencia pues ninguno ha visto u oído lo mismo que los otros. Con lo cual se vulneran varias reglas de juzgamiento.

b) En la Argentina no se tiene la cultura de la *deliberación* (en el exacto sentido de reflexión o meditación conjunta) por lo que, en general, los juzgadores no deliberan. A lo sumo, escriben sus opiniones (*votos*) y los hacen circular entre los restantes integrantes de un tribunal, con lo cual cae la esencia misma de la colegiación en la única instancia: el intercambio de opiniones.

c) Siempre predomina la personalidad de uno de los jueces por sobre la de los otros y, a la postre, termina imponiendo su decisión (advierta el lector cuán pocas disidencias existen en los fallos de los tribunales colegiados!).

d) Por mucho esfuerzo y dedicación que ponga un tribunal que desea hacer las cosas bien, no alcanza a tomar más de

Habitualmente se vincula a la oralidad con la inmediación y con la celeridad, en tanto que la escritura es relacionada con la regla de la mediación procesal y con la morosidad judicial.

Algo hay de cierto en ello: la escritura permite un cúmulo de corruptelas que difícilmente se pre-

dos audiencias de vista de causa (con producción de toda la prueba) por día hábil judicial. Si el año cuenta con doscientos días hábiles y el Tribunal no pierde uno solo de ellos (es decir: jamás se enferma un juez, funcionario, litigante o testigo y *todos* los días se toman *todas* las audiencias, cosa que es material y matemáticamente imposible) un Tribunal soporta la emisión de cuatrocientas sentencias por año. No más. La experiencia indica que un número igual de pleitos se disuelve por medios autocompositivos. Por tanto: un Tribunal en serio admite sólo ochocientos expedientes por cada año calendario. Con diez más, entra en mora. En mi ciudad —con un millón de habitantes— ese número se duplica o triplica y, entonces, las audiencias de vista de causa se convocan a dos o tres años vista. ¿Parece serio el sistema? Cuando hago estos cálculos en público, me responden invariablemente que el problema lo genera el escaso número de Tribunales, que deberían ser muchos más. Y yo replico: ¿a qué coste? ¿Con que presupuesto en los países latinoamericanos?

e) Al ser de *instancia única*, las sentencias de estos tribunales no admiten recurso de apelación sino sólo de casación, con lo cual no se cumplen expresas previsiones de pactos internacionales y se generan muchas injusticias.

Si se separa, entonces, el concepto de *oralidad* del de *instancia única* (que ya se ha visto no comparto en su actual matrimonio legal), creo que puede asegurarse un procedimiento eficaz por medio del juicio oral ante un juez unipersonal con apelación ante un superior jerárquico. Para ello, todo lo que cabe hacer es asegurar un adecuada registración de todo lo actuado en el juicio — *el acta del acto* — (¿por qué no una filmación, con lo económico que ella sale y con lo sencillo que resulta hacerla?)

senta cuando se aplica la regla de la oralidad. Pero la regla también opera al contrario, como puede verse en el relato que consigno a pie de página¹⁶.

¹⁶ Lo que más me aflige del sistema oral es la posibilidad de que los jueces juzguen por la *cara* o la *voz* o el *aspecto* de los litigantes, cosa que he visto hacer en muchas ocasiones.

Para remarcar este aspecto, transcribo a continuación parte de un cuento del cronista guatemalteco Enrique Gómez Carrillo, relatando un modo de juzgamiento en *El Japón heroico y galante*:

... «El magistrado Itakura Siheidé tenía la costumbre de presidir su tribunal escondido detrás de un biombo (esto recuerda a los jueces sin rostro de Colombia pero no tiene nada que ver con ellos) y de moler té con los dedos durante las audiencias.

— «¿Por qué haces eso?» preguntóle un día el daimyo (señor feudal del lugar).

Y el buen juez le contestó:

— «La razón que tengo para oír las causas sin ver a los acusados, es que hay en el mundo simpatías, y que ciertas caras inspiran confianza y otras no; y viéndolas estamos expuestos a creer que son palabras honradas las del que tiene rostro honrado, mientras no lo es la palabra del que tiene rostro antipático. Y tan cierto es esto que, antes de que abran la boca los testigos, ya pensamos con sólo verlos: éste es un malvado, éste en un buen hombre. Pero luego, durante el proceso, se descubre que muchos de los que nos causan mala impresión, son dignos de cariño y, al contrario, muchos de los que lucen agradables son de verdad inmundos. Por otra parte, yo sé que comparecer ante la Justicia —aun cuando se es inocente— resulta una cosa terrible. Hay personas que, viéndose frente al hombre que tiene su suerte en las manos, pierden toda la energía y son incapaces de defenderse y, así parecen culpables sin serlo». El daimyo exclamó:

—«Muy bien. Pero ¿por qué te entretienes en moler el té?

2) *Libertad o legalidad de formas*

El tema apunta a señalar a la mayor o menor potestad que tienen las partes para establecer por sí mismas cómo han de desarrollar el curso procedimental del trámite de la serie.

En el mundo moderno coexisten ambas reglas: en el arbitraje privado, por ejemplo, opera plenamente la que pregona la libertad de las formas (las partes pueden pactar lo que deseen acerca del método de discusión: dónde, cómo, cuándo y ante quién lo harán); en las distintas legislaciones en general predomina la regla de la legalidad (obviamente aplicable de modo estricto en materia penal), bajo cuya vigencia las partes deben atenerse necesariamente a las normas de trámite preestablecidas por el legislador.

Sin embargo, y dependiendo ello del mayor o menor grado de totalitarismo que exhiba un código dado, se permite siempre a las partes disponer convencionalmente acerca de ciertas normas que re-

—«Por esto que voy a responderte», murmuró el juez. Y le dijo:

—«Lo más indispensable para juzgar es no permitir a la emoción dominarnos. Un hombre de verdad bueno y no débil, no debe emocionarse nunca; pero yo no he logrado aún tanta perfección y, así, para asegurarme de que mi corazón está tranquilo, el medio que he encontrado es moler té. Cuando mi pecho está firme y tranquilo, mi mano también lo está, y el molino va suavemente y, así, el té sale bien molido. Pero, en cambio, cuando veo salir el té mal molido, me guardo de sentenciar».

No digo que este procedimiento sea bueno. Pero cuánta razón tiene el juez del relato en orden a cómo engañan los rostros de los litigantes y la belleza de ciertas testigos...

gulan la actividad de procesar (por ejemplo, pueden ampliar plazos para contestar demandas o excepciones, ofrecer medios de confirmación, alegar, etcétera).

3) *Economía procesal*

Doctrinalmente es difícil determinar el ámbito de aplicación de esta regla.

Tal imprecisión viene de la simple circunstancia de que la *economía* no implica solamente la reducción del coste del proceso sino también la solución del antiguo problema del alargamiento del trámite, la supresión de tareas inútiles y, en definitiva, la reducción de todo *esfuerzo* (cualquiera sea su índole) que no guarde adecuada correlación con la *necesidad* que pretende satisfacerse.

De allí que los autores que se refieren al tema en cuestión aborden una variedad de aspectos que van desde la ociosidad de ciertos actos procesales hasta el estricto problema del coste crematístico del proceso.

En rigor de verdad, ciertos temas que aquí se estudian deben ser absorbidos por otra regla que ostenta denominación específica: la *celeridad procesal*.

De allí que ahora me concrete a hablar de los gastos que insume el proceso.

El ideal de gratuidad del servicio de justicia que priva en el mundo moderno no se corresponde con lo ocurrido en épocas pasadas: muchas veces se ha encarecido severamente el acceso al proceso como forma de disminuir un elevado índice de litigiosidad.

Tan importante es el problema que gran número de constituciones políticas de la actualidad ase-

guran un efectivo servicio de justicia económico a fin de no vedar a los particulares el auxilio judicial por carencia del dinero necesario.

Y es que una constatación incuestionable inicia cualquier planteo sobre el tema: *todo proceso insume gastos*. Y ello no puede evitarse jamás, como no puede soslayarse el costo de cualquier servicio.

De ahí que el problema que genera el estudio de esta regla ya no pasa por la onerosidad del proceso sino por decidir de manera equitativa *quién debe hacerse cargo de ella*.

Por supuesto, la respuesta es también alternativa: los propios litigantes (beneficiarios directos del servicio) o el conjunto de la comunidad (beneficiarios eventuales).

La adopción de una u otra respuesta es producto de aplicar una pauta política que, como tal, es contingente.

De esta forma, habrá que buscar en cada legislación en concreto el régimen que adopte al respecto.

4) *Celeridad*

Esta regla indica que el proceso debe tramitar y lograr su objeto en el menor tiempo posible, por una simple razón ya apuntada con exactitud por el maestro Couture:

«En el proceso, el tiempo es algo más que oro: es *justicia*. Quien dispone de él tiene en la mano las cartas del triunfo. Quien no puede esperar se sabe de antemano derrotado. Quien especula con el tiempo para preparar su insolvencia, para desalentar a su adversario, para desinteresar a los jueces, gana en ley de fraude lo que no podría ganar en ley de debate. Y fuerza es convenir que el procedimiento y sus innumerables vicisitudes viene sirviendo prolijamente para esta posición».

Una simple lectura de los ordenamientos legales vigentes revela que el legislador americano no ha comprendido el problema recién señalado: en la actualidad se asiste a un fenómeno complejo que se presenta en todas las latitudes y que se denomina universalmente *crisis de la justicia*.

Tales causas pueden agruparse convenientemente con diferentes ópticas:

- orgánicas¹⁷,
- normativas¹⁸,

¹⁷ Porque estoy convencido de que la crisis judicial es consecuencia de la asistemicidad de su funcionamiento, y aunque parezca marginal respecto de la línea expositiva de la obra, creo importante remarcar que entre las causas *orgánicas* de tal crisis pueden mencionarse: 1) la defectuosa regulación de la actuación del Poder Judicial por parte de las leyes que lo reglamentan; 2) la notable incoherencia que existe entre las leyes procesales heredadas de España y la Constitución, que sigue el modelo norteamericano; 3) la ausencia —hasta hoy— de un adecuado sistema de designación de jueces; 4) la defectuosa regulación de la competencia judicial; 5) la existencia de excesivos grados de conocimiento; 6) la inexistencia de juzgados que entiendan eficientemente en los litigios de menor cuantía, solucionándolos expeditamente.

¹⁸ Entre las causas *legales o normativas* pueden ser mencionadas: 1) la defectuosa regulación procedimental de elevado número de tipos de juicio; 2) la falta de comprensión por el legislador de lo que es un *debido proceso* como objeto de una instancia bilateral (y, a raíz de ello, la normal ruptura del principio de igualdad de las partes procesales; la instauración del deber legal de búsqueda de la verdad real; la indebida regulación de los principios procesales, confundidos con las reglas de procedimiento, la falta de definición coherente de las funciones del juez y de las de las partes,

- sociológicas¹⁹,

etcétera); 3) la existencia de elevado número de tipos procedimentales y la enorme disimilitud de plazos procesales, defensas oponibles y medios de impugnación existentes en cada uno de ellos; 4) el deficiente manejo de la oralidad en su adopción sólo por tribunales de instancia única; 5) la excesiva duración de los trámites procedimentales; 6) la excesiva intervención del Ministerio Público en asuntos que esencialmente no le conciernen; 7) la aplicación del principio de legalidad en materia penal, con una política criminal marginada del tiempo que se vive; 8) la hiperinflación legislativa que, para colmo, contiene normas oscuras, mal redactadas y sin técnica específica suficiente y generadoras de *microsistemas legales*, cuyo articulado o lógica interna contradicen al sistema general y se convierten en *cuerpos extraños*, obligando a la tortura de interpretaciones contradictorias, creando dudas respecto de la legislación realmente aplicable a un caso y posibilitando infinitos planteos de inconstitucionalidad.

- ¹⁹ Entre las causa *sociológicas* cabe mencionar a: 1) la existencia de una justicia posmoderna *light*, de tipo utilitario; 2) la notable influencia en la sociedad de los medios televisivos, lo que ha generado un inusual *vedettismo* judicial; 3) la falta de ejemplaridad de la conducta de algunos jueces, o la falta de solidaridad, etcétera; 3) la inadecuación del sistema legal con lo que hacen sus destinatarios; 4) la existencia de demasiados abogados, con notable caída del nivel académico profesional generado por una permisiva obtención de títulos académicos que permiten, sin más, el total ejercicio de la abogacía; 5) la falta de credibilidad del pueblo en general en su judicatura, con la plena certidumbre de los particulares de que no comparecen ante los tribunales *iguales en poder* sino *desiguales en su poder económico y político*; 6) idéntica falta de credibilidad respecto de los abogados, muchos de los cuales practican impunemente la utilización de inconducta procesal maliciosa; 7) la adopción en las sentencias de un lenguaje críptico y esotérico, que las hacen incomprensibles para sus verdaderos destinatarios; 8) la ausencia de control de

- económicas²⁰,
- políticas²¹,

los jueces por parte de sus superiores; 9) la excesiva litigiosidad actual; 10) el excesivo coste del servicio judicial; 11) la falta de contracción al trabajo de muchos funcionarios judiciales; 12) la intromisión de muchos jueces en cuestiones de específica competencia de otros poderes del Estado.

²⁰ Entre las causas *económicas* cabe mencionar: 1) la endémica reducción presupuestaria del Poder Judicial, con la consiguiente carencia de adecuada infraestructura; 2) la carencia de informatización del movimiento de expedientes; 3) el escaso material existente en las bibliotecas de los tribunales, 4) la permanente escasez de personal y el mantenimiento de estructuras básicas prácticamente similares a las que estaban en vigencia en el año de 1930; 5) la excesiva desproporción entre la cantidad de asuntos justiciables que ingresan cada año judicial y el número de jueces existentes para resolverlas; 6) el mal aprovechamiento de los presupuestos de los Poderes Judiciales, destinados en enorme proporción a sufragar sueldos y no a hacer inversiones de base; etcétera.

²¹ Entre las causas *políticas* cabe mencionar: 1) la permanente comprobación de que el Poder Judicial no actúa como un verdadero poder de control de los demás Poderes del Estado; 2) el recurrente sometimiento financiero que le imponen al Judicial los otros dos Poderes mediante la reducción presupuestaria a límites intolerables; 3) la notable injerencia de los poderes políticos en el sistema judicial mediante sistemas de designación de jueces y funcionarios menores; 4) el desajuste interno del Poder por la influencia de los medios de comunicación; 5) los excesivos problemas gremiales que se han dado en las últimas décadas; 6) los diversos problemas aislados que afectan la estructura del Poder: falta de utilización de los mecanismos de control, sanción y exclusión por parte de los Tribunales superiores respecto de los jueces y funcionarios inferiores; el recurrente y endémico problema que genera la designa-

- culturales²² y
- burocráticas²³.

ción de parientes y afines de los jueces en las distintas oficinas judiciales, creando las imaginables situaciones de tensión y de compromiso (este problema ha sido denunciado recientemente en valiente obra titulada *La sagrada familia*, publicada en Córdoba respecto de la justicia federal de esa provincia); la recurrente designación de funcionarios judiciales afines políticamente al partido de turno en el gobierno; la atribución legal de tareas de superintendencia a jueces en actividad que no se hallan preparados al efecto y que, con ello, logran grave resentimiento de la eficiencia de sus labores específicamente judiciales; etcétera.

²² Entre las causas *culturales* cabe mencionar: 1) la escasa preparación jurídica de muchos jueces, que ingresan muy jóvenes y sin base suficiente al Poder Judicial; 2) la pertinaz y antigua negativa de las autoridades políticas y judiciales de crear y organizar una verdadera *Escuela Judicial* cuyo tránsito sea obligatorio para ingresar, ascender y permanecer en los cuadros del Poder; 3) la insuficiente preparación de los abogados en las Universidades en general, en las cuales no se enseñan asignaturas propias y específicas de la función: redacción de sentencias, control de eficiencia en la gestión judicial, dirección de personal, etcétera; 4) la carencia de cursos obligatorios y periódicos de actualización profesional para jueces y funcionarios; 5) el marcado desinterés de los magistrados en general para lograr una adecuada preparación en sus menesteres específicos; 6) la falta de capacitación de funcionarios menores y empleados; 7) la evidente falta de formación educativa de la ciudadanía en general, que la hace carecer de conocimientos respecto de cómo debe funcionar republicanaamente el Poder Judicial.

²³ Entre las causas *burocráticas* cabe mencionar: 1) existencia de demasiadas oficinas que se retroalimentan con el cruzamiento de los mas diversos trámites; 2) cada juzgado actúa como unidad única de gestión, repitiendo y multipli-

No obstante ello, resulta razonable aceptar la hipótesis de la regla contraria —los procesos no deben tramitar rápidamente— como otra forma de desanimar a los particulares que piensan litigar. Pero ello es impensable en el mundo actual; de allí que en todas partes se pregone y procure la vigencia plena de esta regla.

5) *Publicidad*

Esta regla, propia del sistema dispositivo o acusatorio, indica que el desarrollo de la serie procedimental debe hacerse públicamente, en presencia de quien esté interesado en el seguimiento de su curso.

Salvo en casos excepcionales que, por motivos superiores, aconsejan lo contrario (por ejemplo, litigios en los que se ventilan problemas íntimos familiares), la publicidad es un ideal propio de todo régimen republicano de gobierno.

En general, las legislaciones del continente aceptan esa regla de modo expreso, indicando que los jueces sólo pueden hacer *secreta* una actuación en casos verdaderamente excepcionales y siempre por resolución fundada.

cando la misma función del juzgado que está al lado; 3) la notable pérdida de la eficiencia en el expedienteo judicial; 4) el predominio de la labor de la oficina por sobre la labor personal del juez; 5) la notable delegación en funcionarios inferiores de las tareas que le competen al juez con carácter exclusivo; 6) la ineficacia final que genera la tarea de controlar todo lo delegado; 7) la recurrente distribución deficiente de los recursos humanos

Por supuesto, el secreto no puede regir respecto de las propias partes en litigio, toda vez que ello generaría la indefensión de por lo menos una de ellas.

6) *Preclusión*

La idea lógica de proceso implica el necesario desarrollo de una serie cuyos componentes deben ser cumplidos en un cierto orden establecido por la ley o por la convención.

La regla procesal que se adecua a esta idea se conoce en doctrina con la denominación de *orden consecutivo* y de ella se deriva que cada elemento de la serie debe preceder imprescindiblemente al que le sigue.

Como todo el desarrollo de la serie procedimental tiene una duración temporal —no importa al efecto cuán dilatada sea— debe establecerse en la normativa que la rige un cierto plazo para efectuar cada uno de los pasos necesarios para llegar a su objeto.

En la alternatividad de las respuestas jurídicas, el legislador puede optar por dos soluciones diferentes: permitir o no el retroceso de los pasos que exige el desarrollo de la serie.

En otras palabras: posibilitar que las partes insten cuando lo deseen (regla del *libre desenvolvimiento* o de la *unidad de vista*) o que lo hagan sólo y exclusivamente dentro del plazo prefijado al efecto (regla de la *preclusión*).

En todo proceso con trámite escrito y en algunos orales que se desarrollan con total formalismo, cada parte tiene *una sola oportunidad* para instar en cada una de las fases que componen la serie.

Y aquí juega en toda su extensión el concepto de *carga* ya visto: si no se realiza el acto respectivo *dentro* del plazo acordado al efecto, se pierde la posibilidad de hacerlo después (se veda el retroceso en la estructura de la serie: por ejemplo, si el demandado dispone de un plazo de diez días para contestar la demanda, debe cumplir la respectiva carga dentro de ese plazo, perdiendo definitivamente la posibilidad de contradecir luego de su vencimiento).

Pero en orden a lograr un desarrollo eficaz de la serie procedimental en un proceso regido también por las reglas de la economía, celeridad y perentoriedad, la preclusión no sólo debe operar por vencimiento del plazo acordado para ejercer un derecho o facultad procesal sino también de otras dos formas:

a) por el ejercicio de un derecho o facultad *incompatible* con el que está pendiente de ser realizado (por ejemplo, cumplir el mandato contenido en la sentencia durante el plazo vigente para impugnarla hace perder el derecho de impugnación) y

b) por el ejercicio válido de la facultad *antes* del vencimiento del plazo acordado al efecto (por ejemplo, contestar la demanda al segundo día cuando pendían diez para hacerlo, hace perder el derecho de mejorar o cambiar —aún en el resto del plazo— las defensas esgrimidas).

La adopción por el legislador de la regla de la preclusión lo lleva a otra alternativa, que se verá seguidamente.

7) *Perentoriedad*

Un plazo acordado para cumplir una carga procesal puede vencer automáticamente por el mero trans-

curso del tiempo sin que aquélla sea cumplida o, por lo contrario, precisar de una nueva instancia de quien se benefició a raíz del incumplimiento.

Esto genera las reglas de *perentoriedad* y de *no perentoriedad* que aparecen —una u otra— en las distintas legislaciones vigentes.

La tendencia doctrinal es la adopción de la regla de la perentoriedad, que se adecua más que su antinómica a otras ya vistas precedentemente: la economía y la celeridad.

Sin embargo, en un foro que se prevalece de la arteria —cual los nuestros en la actualidad— es mejor el sistema contrario pues posibilita un mejor ejercicio del derecho de defensa.

8) *Concentración*

Otra regla que se relaciona con el orden de la discusión es ésta que indica que la serie procedimental debe desarrollarse íntegramente en un mismo acto o en el menor número posible de éstos que, además deben estar temporalmente próximos entre sí.

La regla es plenamente compatible con la de la oralidad, en tanto que su par antinómico —la *dispersión*— se adecua a la regla de la escritura.

Sin embargo, las legislaciones que adoptan la escritura como forma de expresión en el proceso, norman también que la producción de los medios de confirmación debe efectuarse lo más concentradamente posible.

9) *Eventualidad*

La adopción de la regla que establece un *orden consecutivo con carácter preclusivo* para la presen-

tación de las instancias lleva aneja la imposibilidad de retrogradar el desarrollo de la serie.

Por esta razón, todas las defensas que deba esgrimir una parte procesal han de ser propuestas en forma *simultánea* (y no sucesiva) —una *ad eventum* de la otra— a fin de que si la primera es rechazada por el juez pueda éste entrar de inmediato a considerar la siguiente.

Esta es la regla de la *eventualidad* que se aplica irrestrictamente a las afirmaciones, defensas, medios de confirmación, alegaciones e impugnaciones, cuando se intenta lograr un proceso económico y rápido.

10) *Inmediación*

Esta regla indica la exigencia de que el juzgador se halle permanente y personalmente en contacto con los demás sujetos que actúan en el proceso (partes, testigos, peritos, etcétera) sin que exista entre ellos algún intermediario.

Esto tiene fundamental importancia respecto de los medios de confirmación y, como es obvio, exige la identidad física de la autoridad que dirige la actividad de procesar y de la que sentencia el litigio.

El natural correlato de esta regla es la de la oralidad, pues estando vigente ésta, aquélla no puede ser soslayada.

11) *Adquisición*

Esta regla indica que el *resultado* de la actividad confirmatoria desarrollada por las partes se adquiere definitivamente *para el proceso* y, por ende, para todos sus intervinientes.

Por virtud de su aceptación en un ordenamiento dado, la parte procesal que produce un resultado

confirmatorio que le es adverso no puede desistirlo (con lo cual podría mejorar la posición sustentada en el litigio).

12) *Saneamiento*

Esta regla es compatible con la que indica que la *dirección del proceso* es ejercida por el juzgador (y no por las partes).

Cuando se la adopta en una legislación dada cabe otorgar al juez facultades suficientes para decidir *liminariamente* acerca de cuestiones *objetivamente improponibles* (las que carecen de todo respaldo legal²⁴) y de todas aquellas que entorpezcan o dilaten el desarrollo de la serie (incidentes notoriamente infundados) o hagan peligrar su eficacia (instancias defectuosas que pueden tornar nulo el proceso).

Esta regla, intrínsecamente buena, deja de serlo cuando es aplicada con criterio autoritario.

4. LAS REGLAS TÉCNICAS DE LA ACTIVIDAD DE SENTENCIAR

Estas reglas presentan características similares a las ya vistas precedentemente respecto de la actividad de procesar: siempre son *binarias* y se rela-

²⁴ Hay clara diferencia entre *caso no justiciable* —en el cual el juez debe vedar el acceso al proceso (recordar que allí *no es posible accionar procesalmente*)— y el caso *objetivamente improponible* por carecer de legislación que lo respalde en los exactos términos de la pretensión deducida. Creo que este último supuesto debe ser erradicado de toda normativa; caso contrario no podría el juez crear derecho para llenar lagunas de la ley.

cionan con distintos aspectos propios de la tarea de fallar el caso sometido a juzgamiento.

Estos son: calidad y número de juzgadores, cantidad de grados de conocimiento, evaluación de los medios de confirmación, correspondencia entre lo pretendido y lo acordado en el juzgamiento y aplicación de la norma jurídica que rige el caso justiciable.

En razón de que todas las alternativas que surgen de los temas recién mencionados tienen aceptación en algún código vigente en América, seguidamente expondré el tópico a partir de la cuestión ya apuntada y no desde la propia denominación de la regla, como lo he hecho en el número anterior.

1) *Calidad de los juzgadores:*

La primera cuestión que se plantea gira en torno de la pregunta: ¿quién debe sentenciar?

Dos soluciones aparecen de inmediato: un *juez técnico* o un *juez lego*.

Habitualmente operan varios en conjunto y actúan con la denominación de *jurado*; es también el caso del *arbitrador* y del antiquísimo *juez de paz* de nuestras campañas²⁵.

Cuando lo hacen jueces técnicos y legos (esca-
binos) en forma conjunta, se forma un tribunal *mixto*
(pluripersonal).

²⁵ Que fallaba según la conseja de Sancho Panza cuando gobernaba la ínsula Barataria: *a verdad sabida y con buena fe guardada*.

2) Cantidad de juzgadores

La segunda cuestión que se puede plantear se produce con la pregunta ¿cuántos jueces deben fallar un asunto determinado en el mismo grado de conocimiento?

La respuesta también es alternativa: uno (*juez unipersonal*) o varios (en número impar no menor de tres) (*tribunal colegiado*).

En Argentina, rigen las dos reglas: aunque la mayoría de los ordenamientos vigentes consagran la actuación de un juez unipersonal en el primer grado de conocimiento, ciertas provincias han adoptado para ello la regla de la colegiación para cierta categoría de asuntos justiciables.

El problema debe estudiarse conjuntamente con la siguiente cuestión.

3) Cantidad de grados de conocimiento

Nuevamente se presenta aquí otra alternativa: uno solo (*instancia única*) o varios (no menos de dos) (*instancia múltiple*).

Las dos reglas imperan en la Argentina: si bien la mayoría de los ordenamientos vigentes consagran un *doble grado de conocimiento* (ordinario) con juez unipersonal en el primero y tribunal colegiado en el segundo, algunas provincias legislan para ciertos asuntos un juzgamiento en única instancia ante tribunal colegiado.

Para ver cómo funcionan en algún lugar determinado las tres reglas reseñadas, el lector debe ocurrir a la respectiva ley organizativa del Poder Judicial.

Por mi parte, creo que la instancia única no sólo no es intrínsecamente buena (ver la nota # 14 en este mismo Capítulo) sino que es inconstitucional por repugnar a lo normado en Pactos internacionales que la Argentina ha suscrito y adoptado con rango mayor al de la ley.

4) *Evaluación de los medios de confirmación*

El tema genera dos opciones posibles para que sean adoptadas por el legislador: el valor confirmatorio de un medio cualquiera lo fija el propio legislador (sistema de la *prueba tasada* o *prueba legal* o *tarifa legal*) o queda sujeto a la convicción del juzgador, que debe (sistema de la *sana crítica*) o no dar explicaciones acerca de cómo falla un determinado asunto (sistema de la *libre convicción*).

La regla de la *prueba tasada* o *legal* o *tarifada* indica que el legislador proporciona al juez —desde la propia ley— una serie de complejas reglas para que evalúe el material de confirmación producido en un litigio dado: por ejemplo, un contrato cuya cuantía excede una cierta cantidad no puede ser probado por testigos; la confesión de la parte releva de toda otra prueba; se requieren dos o más testigos con declaraciones acordes para tener por acreditado un hecho; etcétera.

Está aceptada en casi todas las legislaciones de América pero ha sido dejada de lado en los códigos procesales modernos.

La regla de la *libre convicción* tiene un contenido exactamente contrario al de la prueba tasada: el legislador no proporciona regla alguna para que el juzgador evalúe el material producido por la confir-

mación procesal y, antes bien, deja que juzgue en la forma que le indique su conciencia.

No obstante que gran parte de la doctrina no la apunta, la característica especial del sistema que adopta esta regla es que el juzgador no tiene el deber de motivar su pronunciamiento: es la típica actividad de los *arbitradores* (árbitros legos que laudan en conciencia y en equidad) y de los integrantes de un *jurado*. Salvo los dos casos referidos, no creo que haya en América régimen legal alguno que adopte esta regla para ser aplicada por jueces técnicos.

La regla de la *sana crítica* presenta la característica de dejar librada a la *apreciación del juzgador* el mayor o menor efecto confirmatorio que pueda otorgar a cada uno de los medios producidos en el proceso.

Si bien hasta aquí la regla opera igual que la anterior, en este caso el juez *debe motivar* su pronunciamiento conforme con otras reglas: las de la lógica formal y las de la experiencia normal de un hombre prudente, que le enseñan a discernir entre lo verdadero y lo falso.

Esta regla está aceptada en todos los ordenamientos legales del continente y en la mayoría de ellos opera en forma conjunta con la de *la prueba tasada*, propia de las leyes civiles que rigen desde el siglo pasado.

5) *Correspondencia entre lo pretendido y lo juzgado*

Esta cuestión genera la más importante regla de juzgamiento, que se conoce doctrinalmente con la denominación de *congruencia procesal*.

Ella indica que la resolución que emite la autoridad acerca del litigio debe guardar estricta conformidad con lo pretendido y resistido por las partes.

A mi juicio, ostenta una importancia mayor que la que habitualmente presenta toda regla técnica, pues para que una sentencia no lesione la garantía constitucional de la inviolabilidad de la defensa en juicio, debe ser siempre congruente y, por ende, no adolecer de algún vicio propio de la *incongruencia*, que se presenta en los siguientes casos:

a) el juzgador *omite decidir alguna de las cuestiones* oportunamente planteadas por las partes y que sean conducentes a la solución del litigio: ello genera el vicio de *incongruencia citra petita*, que torna anulable el respectivo pronunciamiento.

El concepto se limita al caso expuesto, pues no existe incongruencia cuando el juzgador omite el tratamiento de una cuestión por virtud de la solución que da a otra que ha analizado previamente (por ejemplo, si el juez admite la existencia del pago alegado por el demandado, resulta inconducente el estudio de la defensa de prescripción opuesta *ad eventum* de la aceptada);

b) el juzgador *otorga cosa distinta a la peticionada* por la parte o *condena a persona no demandada* o *a favor de persona que no demandó*, yendo más allá del planteo litigioso: ello conforma el vicio de *incongruencia extra petita*, que también torna anulable el respectivo pronunciamiento;

c) el juzgador *otorga más de lo que fue pretendido* por el actor: también aquí se incurre en vicio de *incongruencia*, ahora llamado *ultra petita*, que descalifica la sentencia;

d) la sentencia presenta una *incongruencia interna*, representada por una incoherencia entre la motivación y la decisión, que así se muestran contradictorias entre sí.

Este vicio de autocontradicción, llamado también *incongruencia por incoherencia*, torna anulable el respectivo pronunciamiento.

En este supuesto, ingresa un vicio de incongruencia propio de la sentencia de segundo o de ulterior grado y que se presenta cuando en la decisión del recurso de apelación no se respeta la regla *no reformatio in pejus*, que indica que el tribunal de alzada carece de competencia funcional para decidir acerca de lo que no fue motivo de agravio de parte interesada y que, por ende, no puede modificar la sentencia impugnada en perjuicio del propio impugnante.

También ingresan en este vicio otros dos supuestos finales: *incongruencia por falta de mayoría* y *por falsa mayoría* de votos de jueces integrantes de un tribunal colegiado.

Toda sentencia de tribunal pluripersonal debe contener pronunciamiento expreso y positivo adoptado por mayoría absoluta de opiniones concordantes de sus integrantes.

Cuando los fundamentos no concuerdan entre sí, no puede hablarse de la existencia de la mayoría absoluta requerida para cada caso por las leyes procesales, razón por la cual corresponde integrar el tribunal con mayor número de juzgadores hasta que sea posible lograr tal mayoría.

Si no se efectúa esta tarea y la sentencia se emite con fundamentos que no concuerdan en los dis-

tintos votos que hacen mayoría, se presenta el vicio de *falta de mayoría* que, al igual que todos los demás antes enunciados, también descalifica la decisión.

La *falsa mayoría* se presenta como vicio de incongruencia cuando la sentencia muestra acabadamente que en el ánimo de los juzgadores está el obtener una decisión determinada y, sin embargo, se llega a otra por medio de la suma de votos.

El caso es de rara factura pero no imposible de acaecer; al igual que los anteriores, también descalifica a la sentencia.

6) *Aplicación de la norma jurídica*

El problema que plantea la cuestión que versa acerca de qué norma legal debe aplicar el juzgador para la solución del litigio genera una doble respuesta: está vinculado estrechamente y sin más a lo que las propias partes han argumentado (interpretación extrema de la aplicación del sistema dispositivo) o puede *suplir* las normas citadas por ellas.

Esta última alternativa es la que goza de general aceptación y ha generado la regla *iura novit curia* que indica que las partes procesales sólo deben proporcionar al juez los *hechos*, pues él conoce el derecho y debe aplicar al caso el que corresponda según la naturaleza del litigio.

Esta regla admite tres matices:

- a) aplicar el derecho *no invocado* por las partes;
- b) aplicar el derecho correcto, cuando fue *erróneamente invocado* por las partes;
- c) *contrariar* la calificación jurídica de los hechos efectuada por los propios interesados.

Hace relativamente escaso tiempo que la doctrina ha comenzado a meditar seriamente acerca de esta regla y de sus supuestas bondades, que parece que no son tantas.

En rigor, ni siquiera son bondades cuando se aplica sin más en el segundo grado de conocimiento, donde se presenta como una forma de evitar el irrestricto acatamiento por el juzgador de otra regla de juzgamiento: la de *no reformatio in pejus*.

Capítulo VIII

QUÉ ES EL *DEBIDO PROCESO*

Sumario:

1. El origen y la indeterminación del debido proceso
2. Un intento de conceptualización positiva

1. EL ORIGEN Y LA INDETERMINACIÓN DEL *DEBIDO PROCESO*

Ya adelanté bastante sobre el tema en el Capítulo V, donde mostré la vinculación que este concepto abstracto tiene con los sistemas de enjuiciamiento conocidos como acusatorio e inquisitorio

Insisto ahora en algunas de las ideas entonces vertidas, como forma de remarcar su importancia en este lugar, pues aquí toca hacer la precisa explicación de este punto.

Desde el siglo pasado la doctrina publicista refiere insistentemente al *debido proceso* como un claro derecho constitucional de todo particular y como un deber de irrestricto cumplimiento por la autoridad.

La frase lució novedosa en su época pues, no obstante que la estructura interna del proceso —que ya he mostrado como una serie consecuencial— aparece natural y lógicamente en el curso de la historia con antelación a toda idea de *Constitución*, la mayoría de las cartas políticas del continente no incluyen la adjetivación *debido*, concretándose en cada caso a asegurar la *inviolabilidad de la defensa en juicio* o un *procedimiento racional y justo*.

Recuerdo ahora que ya mencioné que el origen generalmente aceptado de la palabra *debido* se halla en la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América y que este mandato figura nuevamente en el texto de la Decimocuarta Enmienda (ahora como restricción al poder de los Estados).

Al igual que las de otros países, la Constitución argentina no menciona la adjetivación *debido*, lo que ha generado la idea de que es una *garantía innominada*.

Tal vez por esa razón o por la imprecisión terminológica que sistemáticamente emplean los autores que estudian el tema, la doctrina en general se ha abstenido de definir en forma *positiva* al *debido proceso*, haciéndolo *siempre negativamente*: y así, se dice que *no es debido proceso legal* aquél por el que —por ejemplo— se ha restringido el derecho de defensa o por tal o cual otra cosa.

Esto se ve a menudo en la doctrina que surge de la jurisprudencia de nuestros máximos tribunales.

Una idea clara de lo que sucede respecto de la imprecisión apuntada puede encontrarse en frase de distinguido magistrado que, para definir al proceso, afirmaba en el año de 1951:

«A diferencia de algunas reglas jurídicas, el debido proceso no es una concepción técnica con un contenido fijo, sin relación al tiempo, al lugar y a las circunstancias imperantes, pues la noción de *debido proceso* no puede aprisionarse dentro de los límites traicioneros de cualquier fórmula. Al representar una profunda actitud de Justicia entre hombre y hombre y, más particularmente, entre hombre y gobierno, el debido proceso está constituido de historia, de razón, del curso pasado de las decisiones y de la

profunda confianza en la fuerza de la fe democrática que profesamos».

Retóricamente, la frase es bellísima. Técnicamente, no sólo dice *nada* sino que constituye la negación misma del proceso y de la ciencia procesal.

La actitud no es aislada: prestigiosa doctrina de este siglo ha definido al proceso como *drama* o como *misterio* o como algo que *se sabe exactamente dónde está pero no qué es*.

2. UN INTENTO DE CONCEPTUACIÓN POSITIVA

No obstante todo ello, pasando a afirmativa las concepciones negativas y haciendo un mínimo inventario de las *frases hechas* acuñadas por la jurisprudencia, podría decirse que el debido proceso:

- supone el *derecho a la jurisdicción*, que es imprescriptible, irrenunciable y no afectable por las causas extintivas de las obligaciones ni por sentencia¹,
- implica el *libre acceso* al tribunal,
- y la *posibilidad plena de audiencia* (lo cual lleva aneja una *efectiva citación* que permita total conocimiento de la acusación o demanda cursada),

¹ Lo que viene a querer significar la afirmación contenida en la *Declaración de Derechos Humanos de las Naciones Unidas* de 1948: «Toda persona tiene el derecho de ser oída en plena igualdad, públicamente y con justicia por un tribunal independiente para la determinación de sus derechos y obligaciones».

- la determinación previa del *lugar del juicio* y
- el *derecho del reo de explicarse en su propia lengua*;
- comprende el derecho de que el proceso se efectúe con un *procedimiento eficaz y sin dilaciones*,
- adecuado a la *naturaleza del caso justiciable*
- y *público*,
- con *asistencia letrada* eficiente desde el momento mismo de la imputación o detención.

Específicamente en cuanto a la confirmación, comprende

- el *derecho de probar* con la utilización de todos los medios legales procedentes y pertinentes
- y el de que el juzgador se *atenga sólo a lo regular y legalmente acreditado* en las actuaciones respectivas.

En cuanto atañe a la sentencia, comprende el derecho de

- que sea dictada por un *juez objetivo, imparcial e independiente*,
- que emita su pronunciamiento en forma *completa*: referida a *todos* los hechos esenciales con eficacia decisiva y al derecho aplicable,
- *legítima*: basada en pruebas válidas y sin omisión de las esenciales,
- *lógica*: adecuada a las reglas del pensamiento lógico y a la experiencia común,
- *motivada*: debe ser una derivación razonada del derecho vigente con relación a la preten-

sión esgrimida y en función de los hechos probados en el proceso y

- *congruente*: debe versar exclusivamente acerca de lo pretendido y resistido por las partes.

La sentencia que no cumple tales condiciones es calificada habitualmente como *arbitraria*, cuyos parámetros generadores también constituyen *frases hechas*, inteligentemente acuñadas por la jurisprudencia.

Y así, *una sentencia es arbitraria* cuando

- no decide acerca de cuestiones oportunamente planteadas, o
- decide acerca de cuestiones no planteadas, o
- contradice constancias del proceso, o
- incurre en autocontradicción, o
- pretende dejar sin efecto decisiones anteriores firmes, o
- el juez se arroga en ella el papel de legislador, o
- prescinde del texto legal sin dar razón plausible alguna, o
- aplica normas derogadas o aún no vigentes, o
- da como fundamentos algunas pautas de excesiva latitud, o
- prescinde de prueba decisiva, o
- invoca jurisprudencia inexistente, o
- incurre en excesos rituales manifiestos, o
- sustenta el fallo en afirmaciones dogmáticas o

- en fundamentos con la sola apariencia de tal, o
- incurre en autocontradicción,
- etcétera.

Como se ve, se trata de una simple enunciación más o menos detallada de vicios contenidos en las actividades de procesar y de sentenciar que, además, son aglutinados en una misma idea no obstante que ostentan obvias y profundas diferencias lógicas y materiales.

Si se intenta definir técnicamente la idea de *debido proceso* resulta más fácil sostener que es aquél que se adecua plenamente a la idea lógica de proceso: dos sujetos que discuten como antagonistas en pie de perfecta igualdad ante una autoridad que es un tercero en la relación litigiosa (y, como tal, imparcial, imparcial e independiente).

En otras palabras: el *debido proceso* no es ni más ni menos que el *proceso* que respeta sus propios principios.

Esta concepción, que no por sencilla es errada, convierte en estéril a todo el inventario que he hecho precedentemente.

Capítulo IX

QUÉ ES EL GARANTISMO PROCESAL

Sumario:

1. Revisión
2. El garantismo procesal
3. Conclusiones y elección

1. REVISIÓN

Ya se ha visto en Capítulos anteriores que la justicia mediática que se ha impuesto en nuestro tiempo por la recurrente y tenaz actuación de alguna prensa amarilla y de ciertos programas televisivos de inexplicable vigencia, ha originado en la población una decidida vocación popular (claro producto de la inseguridad reinante en nuestros países) — sostenida por numerosos medios de información¹ — que pregona la necesidad de castrar al violador, matar al homicida, cortar la mano del ladrón, aumentar las penas de los delitos de moda, hacer que no haya excarcelación, etcétera.

Ya se sabe que esta posición filosófica se conoce en el derecho penal con la denominación de *solidaria*, generadora del *solidarismo penal*² y éste, a su

¹ Convertidos hoy en jueces definitivos de las conductas de los hombres al amparo de la notable ineficiencia del Poder Judicial cuyos pronunciamientos, además, condicionan gravemente.

² Ya se ha visto en el Capítulo V que se entiende por ser *solidario* el mostrar o prestar adhesión o apoyo a una cau-

turno, del *solidarismo* o *decisionismo*³ procesal, y que se caracteriza por la tendencia doctrinal que procura denodadamente que los jueces sean cada más *activos*, más *viriles*, más *comprometidos con su tiempo* y decididos a *vivir peligrosamente*⁴, con la Verdad y con la Justicia.

sa ajena, idea de la cual surge el *solidarismo*, considerado como una corriente destinada a ayudar altruistamente a los demás. La noción se ha impuesto hace años en el derecho penal y, particularmente, en el derecho procesal penal, donde existen autores y numerosos jueces animados de las mejores intenciones que, solidarizándose con la víctima de un delito, tratan de evitarle a ella un estado de *revictimización* que podría operar, por ejemplo, con sólo enfrentarla con el victimario.

Este movimiento doctrinal y judicial se ha extendido también hacia los procesalistas que operan en el campo de lo civil, donde ha ganado numerosos y apasionados adeptos. Reconozco que la idea y la bandera que ellos despliegan son realmente fascinantes: se trata «nada menos» que de ayudar al débil, al pobre, al que se halla mal o peor defendido, etcétera.

Pero cuando un juez adopta esta postura en el proceso no advierte que, automáticamente, deja de lado lo que siempre ha de ser irrestricto cumplimiento de su propio deber de imparcialidad. Y, de esta forma, vulnera la igualdad procesal.

³ Ya se vio también que se conoce como *decisionismo* al movimiento formado por ciertos jueces solidaristas que resuelven los litigios que les son presentados por los interesados a base exclusiva de sus propios sentimientos o simpatías hacia una de las partes, sin sentirse vinculados con el orden legal vigente.

⁴ Esta frase, tan repetida actualmente en el procesalismo proclive a instaurar un fuerte decisionismo judicial en la Argentina, pertenece en rigor de verdad a Benito Mussolini y fue dicha en una arenga a sus *camisas negras* que, cantando *La giovinezza*, se lanzaban a tomar Etiopía.

En contra de esta posición existe otra línea doctrinal aferrada al mantenimiento de una irrestricta vigencia de la Constitución y, con ella, del orden legal vigente en el Estado en tanto ese orden se adecue en plenitud con las normas programáticas de esa misma Constitución.

En otras palabras: los autores así enrolados no buscan a un juez comprometido con persona o cosa distinta de la Constitución, sino a un juez que se empeñe en respetar y hacer respetar a todo trance las garantías constitucionales.

Y esto se conoce con la denominación de

2. EL GARANTISMO PROCESAL

Se colige de lo ya expuesto que esta posición filosófica que se muestra antagónica con el *solidarismo procesal* (no quiere ni admite castrar ni matar ni cortar la mano de nadie *sin el previo y debido proceso legal*; tampoco pretende que no haya presos sino que los que lo estén se encuentren en esa calidad por razón de una sentencia judicial), se le da el nombre de *garantista* o *libertaria* (por oposición a la antagónica, claramente *totalitaria*)⁵.

La voz *garantista* o su sucedáneo *garantizador* proviene del subtítulo que Luigi Ferrajoli puso a su magnífica obra *Derecho y Razón* y quiere significar que, por encima de la *ley* con minúscula está siempre la *Ley* con mayúscula (la Constitución).

⁵ El tema ha sido ya largamente explicado en el Capítulo III.

En otras palabras: guarda adecuado respeto a la gradación de la pirámide jurídica.

No se me escapa que las banderas que levanta el solidarismo (la Justicia, la Verdad, el compromiso del juez con su tiempo, con la sociedad, con el litigante mal defendido por su joven o ignaro novel abogado, etcétera) ganan adeptos rápidamente, pues ¿quién no quiere la Justicia? ¿Quién no quiere la Verdad?

Pero no se trata de abandonar o de sustituir esas banderas para siempre sino —así de simple— de no colocarlas por encima de la Constitución (ruego recordar que los códigos procesales nazi, fascista y comunista soviético pretenden un juez altamente comprometido con la filosofía política imperante en el gobierno del Estado. Y ruego también recordar en qué y cómo terminaron los países que todo ello proclamaban...!)⁶.

Recuerde el lector que la Inquisición española, por ejemplo, procurando la Verdad y con la confesada vocación de hacer Justicia a todo trance, institucionalizó la *tortura* como adecuado método para lograr los fines que se propusiera...

⁶ Hay autores que ironizan con esta afirmación y me imputan que, con ella, pretendo instaurar la mentira y la injusticia en el proceso. Nada más alejado de la realidad. Lo que afirmo es que el juez, por buscar el valor puramente subjetivo de la justicia —que siempre ha de procurar— no debe dejar de cumplir la fundamental función que deben realizar todos los jueces, que consiste en tutelar efectivamente los derechos prometidos en la Constitución y en la Ley y, con ello, posibilitar el mantenimiento de la paz en la convivencia social.

El *garantismo procesal* no tolera alzamiento alguno contra la norma fundamental (que, en el caso, prohíbe la tortura en cualquiera de sus manifestaciones); por lo contrario, se contenta modestamente con que los jueces —insisto que comprometidos *sólo con la ley*— declaren la *certeza de las relaciones jurídicas conflictivas* otorgando un adecuado derecho de defensa a todos los interesados y resguardando la igualdad procesal con una clara imparcialidad funcional para, así, hacer plenamente efectiva la tutela legal de todos los derechos.

Y ello, particularmente en el campo de lo penal, pues las garantías constitucionales son como el sol, que sale para todos. Muy especialmente, para quienes más las necesitan: los sometidos a juzgamiento...

Como se ve, el tema es reflejo actualizado del antiguo enfrentamiento de dos sistemas de enjuiciamiento que ya he mencionado antes: *inquisitivo y dispositivo*, que sigue vigente en forma inexplicable y con visos de no mejorar, al menos en el campo del derecho procesal civil.

En efecto: reitero acá que los procesalistas civiles sostienen cada día más denodadamente la necesidad de dotar al juez de *mayores poderes instructorios*; a tal punto, que se ha llegado al glorioso extremo de sostener algún autor la irrelevancia del debate procesal cuando al juez actuante —sin escuchar previamente a aquél contra quien se dirige la pretensión (¿!) y que ha de sufrir de inmediato los efectos de la respectiva orden dirigida contra él— le parece que quien pretende tiene directamente la razón (... se habla de la existencia de *indicios vehementes*...).

Y por ello, aconsejan doctrinalmente otorgársele sin más (por ejemplo, en lo que denominan como *medidas autosatisfactivas*).

En cambio, los procesalistas penales —que trabajan con la vida, el honor y la libertad de las personas (y no sólo con sus patrimonios)— exigen cada día con más fuerza que se retacee desde la ley toda posibilidad de actividad probatoria en el juez!

En fecha relativamente reciente —1998— ha comenzado la vigencia de un nuevo código procesal penal en la Provincia de Buenos Aires que, enrolado en un claro sistema acusatorio, *prohíbe bajo pena de nulidad que el juez decrete oficiosamente medios de confirmación!*

Extraño movimiento conceptual éste que muestra un exótico cruzamiento filosófico doctrinal: en tanto se pretende *penalizar cada vez más al proceso civil*, se *civiliza cada vez más el proceso penal*...⁷.

3. CONCLUSIONES Y ELECCIÓN

Después de tan largo desarrollo de los sistemas que regulan los diferentes métodos de enjuiciamiento que coexisten en el mundo, quiero concluir di-

⁷ ¿Cómo puede comprender este desfase un alumno de Derecho? ¿Cómo explicarle que el juez de lo penal, que maneja derechos no disponibles, *no puede salir a probar a favor de una de las partes* en tanto que el juez de lo civil, que habitualmente sí maneja derechos disponibles, *no sólo puede sino que debe salir a probar a favor de una y en contra de otra de las partes procesales*? ¿No se ve que esto, además de ilegítimo, es absolutamente esquizofrénico?

ciendo que descarto por completo que en los países de la región pueda —o deba— aplicarse el sistema inquisitivo y, por ende, el sistema mixto.

Pero detrás de esta conclusión —que se veía venir y a los gritos— existe una verdadera elección personal que, desde ya, afirmo que se mantendrá incólume aun en la hipótesis de no contar eventualmente y algún día con una Constitución libertaria.

Y es que en el trance de tener que elegir un método de juzgamiento —no como autoridad, en calidad de juzgador (y conste que lo he sido durante casi toda mi vida), sino de simple particular que anda de a pie por los caminos de la vida— me enfrento con una alternativa inexorable que ya presenté *supra*:

a) o elijo un proceso que sirva como *medio de opresión* (al mejor estilo kafkiano) u

b) opto por un método que se presente en sí mismo como *último bastión de la libertad*.

De ahí que, tomando partido por *la Constitución* y no por *la ley* en esta lucha ideológica que hoy enfrenta absurdamente a los procesalistas de América, elijo proclamar

- la libertad;
- la garantía del debido proceso
- y el goce irrestricto del día de audiencia previa en la Corte de Justicia,
- donde todo ciudadano tiene derecho a ser juzgado imparcialmente por un juez
- y colocado por él en pie de perfecta igualdad frente a su contradictor,

- con absoluta bilateralidad de la audiencia
- y sin la asunción por el juez de actitudes paternalistas con las partes o de tareas que no le incumben conforme con lo normado por la Constitución.

Esto es —a la postre e iterativamente— lo que hoy se conoce en la sociología judicial con la denominación de *garantismo procesal*.

La trascendencia de la elección garantista es obvia en nuestro mundo y, particularmente, en la asignatura procesal: hay temas estudiados en ella que son eminentemente técnicos (preclusión procesal, por ejemplo) en tanto que hay otros que son decididamente políticos (si los jueces *pueden o no*, por ejemplo).

Y todo lo político tiene que ver con el ejercicio del *Poder*, condicionado desde siempre por un cúmulo de factores conocidos: la economía, la sociología, el derecho, la iglesia, las fuerzas armadas, los sindicatos, los medios de comunicación, etcétera, etcétera.

Todos ellos son medianamente controlables, cual se ha comprobado en la Argentina en las últimas décadas.

Pero aceptar sin más un nuevo factor desconocido hasta hace poco —el solidarismo judicial— parece realmente peligroso para la vigencia de la República pues, sosteniéndose al socaire de la interpretación de la ley, es materialmente imposible de controlar por inexistencia de órganos con competencia fijada al efecto.

Ya sufriendo en nuestros países el fenómeno devastador que ha dado en conocerse como *globalización*, nos encontramos inmersos en un nuevo estatismo imperialista diferente a los conocidos hasta ahora: *el del dinero*, notablemente más importante que el del puro abuso de la fuerza sin lógica.

Y la tranquilidad ciudadana, al amparo de las garantías prometidas desde la Constitución, no puede aceptar despreocupadamente la existencia de un factor incontrolable que puede llegar a poner en juego nada menos que el valor *libertad*.

De ahí la importancia de conocer el tema, a lo cual aspira contribuir el texto de este libro.